UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

WILLIAN PAMPLONA

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Palhoça

2013

WILLIAN PAMPLONA

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. João Batista da Silva, Msc.

Palhoça

2013

WILLIAN PAMPLONA

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 5 de julho de 2013

Prof. e orientador JOÃO BATISTA DA SILVA, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. DEISI CRISTINI SCHVEITZER, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. CARINA MILIOLI CORREA, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE E A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 05 de junho de 2013.

_____

WILLIAN PAMPLONA

AGRADECIMENTOS

Inicialmente e acima de tudo, agradeço a meus pais pelo exemplo de honestidade e educação, em especial a minha mãe Ivete, pelo apoio incondicional e irrestrito em todos os momentos da minha vida, sendo certo que em tão poucas palavras não será possível expressar toda minha gratidão.

A minha namorada Tayana, por todo amor e apoio a mim dedicados, bem como pela compreensão nos momentos de ausência nesta exaustiva jornada. Posso te dizer que com você tenho me sentido mais vivo de verdade.

A todos os amigos e colegas que colaboraram direta ou indiretamente no desenvolvimento deste estudo, seja com o compartilhamento de conhecimentos ou com uma palavra amiga nos momentos difíceis.

Ao Professor João Batista da Silva, pela valorosa orientação, suprimindo todas as dúvidas nos momentos oportunos, sem a qual, certamente, esta pesquisa não teria alcançado êxito.

Aos demais professores do curso, imprescindíveis para minha formação acadêmica.

Enfim, a todos aqueles que colaboraram de alguma forma para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo estudar o controle de convencionalidade como método de exame da admissibilidade dos atos e leis infraconstitucionais. Observa-se que nos últimos anos a proteção aos direitos humanos começou a receber uma maior importância no cenário internacional. Também cresceu o número de tratados internacionais que, dentre outras coisas, objetivam dar segurança jurídica às relações internacionais. A Constituição Federal sempre abordou com certa displicência o processo de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico pátrio, decorrendo disso as inúmeras discussões quanto à posição hierárquica desses acordos na ordem interna. Com o advento da Emenda Constitucional n. 45, os tratados de direitos humanos aprovados conforme o procedimento descrito no § 3º do art. 5º da CRFB/88 passaram a ter hierarquia equivalente às emendas constitucionais. Quanto aos tratados não aprovados por *quorum* qualificado, entende o STF que possuem *status* supralegal. Destarte, as leis infraconstitucionais devem passar pela análise da dupla compatibilidade vertical material, ou seja, estar de acordo com a Constituição Federal e com os tratados de direitos humanos, donde exsurge o controle de convencionalidade. Em arremate, conclui-se que o controle de convencionalidade pode ser usado como meio processual de defesa, contudo, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal, devem ser feitas adequações tanto na teoria de Mazzuoli como na de Gomes, pois, diante do fato de ter sido atribuída hierarquia de lei ordinária aos tratados de matéria comum, estes não podem servir de paradigma para o controle de supralegalidade.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Tratados de direitos humanos. Conflito de normas. Controle de convencionalidade.

LISTA DE SIGLAS

CRFB/88– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

DI– Direito Internacional

DIP – Direito Internacional Público

EUA – Estados Unidos da América

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO..... 09
2 O DIREITO DOS TRATADOS E O DIREITO INTERNACIONAL..... 11
2.1 CONCEITO DE SOBERANIA..... 12
2.2 ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS.. 14
2.3 PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS..... 16
2.3.1 As negociações e assinatura 17
2.3.2 Ratificação..... 18
2.3.3 Adesão..... 19
3 CONFLITOS ENTRE A NORMA JURÍDICA INTERNA E O DIREITO INTERNACIONAL..... 21
3.1 PANORAMA GLOBAL DE RELAÇÃO ENTRE NORMAS INTERNAS E INTERNACIONAIS..... 24
3.1.1 O direito internacional nas constituições européias..... 25
3.1.1.1 O direito comunitário..... 27
3.1.2 O direito internacional nas constituições americanas..... 29
3.1.3 As constituições que nada dispõem sobre a relação entre direito internacional e interno..... 31
3.2 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE..... **32**
4 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... 34
4.1 DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DO HOMEM..... 36
4.2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... 36
4.2.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos..... 38
4.3 DIREITO DE ASILO E DIREITOS DOS REFUGIADOS..... 40
4.4 AS DIFERENTES TEORIAS SOBRE O *STATUS* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS..... 43
4.4.1 O *status* supraconstitucional..... 43
4.4.2 O *status* constitucional..... 44
4.4.3 O *status* infraconstitucional..... 45
4.5 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS..... 46

5 OS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE..... 50
5.1 O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 52
5.1.1 A posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo Brasil..... 53
5.1.1.1 As inovações geradas pelo acréscimo do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal..... 57
5.1.1.2 *Status* materialmente constitucional e *status* formalmente constitucional..... 60
5.2 O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL..... 61
5.3 MÉTODOS DE CONTROLE DE COMPATIBILIDADE DAS LEIS E ATOS INFRALEGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..... 61
5.3.1 Controle de constitucionalidade..... 62
5.3.2 A teoria da dupla compatibilidade vertical material..... 67
5.3.3 Controle de supralegalidade..... 68
5.3.4 Controle de legalidade..... 70
5.4 OS MÉTODOS DE EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE..... 70
5.4.1 Controle difuso de convencionalidade..... 71
5.4.2 Controle concentrado de convencionalidade..... 72
5.5 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA..... 74
6 CONCLUSÃO..... 77
REFERÊNCIAS..... 81

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como escopo apresentar o controle jurisdicional de convencionalidade como método de controle de admissibilidade das leis, além das inovações quanto à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionadas com a publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Sempre pairou dúvida sobre qual a posição ocupada pelos tratados internacionais na hierarquia das leis do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, no ano de 2004, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal, os tratados de direitos humanos aprovados por maioria qualificada em cada uma das casas do Congresso Nacional passaram a ter hierarquia equivalente à Emenda Constitucional.

Alguns anos depois, em 2008, o professor Valério de Oliveira Mazzuoli, em sua tese de doutorado, apresentou de forma pioneira no Brasil o controle jurisdicional de convencionalidade, afirmando que a partir do implemento do supramencionado dispositivo legal passaram a ser cinco os tipos de controle de admissibilidade das leis e atos infralegais, possibilitando, por conseguinte, que uma lei infraconstitucional contrária às disposições previstas em tratados internacionais, de que o Brasil seja signatário, tenha sua aplicação ao caso concreto afastada.

Objetiva-se com a presente pesquisa apresentar o procedimento de integração dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio, e, ainda, demonstrar a possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade como forma de rechaçar a aplicação de normas infraconstitucionais contrárias ao que internacionalmente acordou o país. Destarte, formulam-se as seguintes perguntas de pesquisa: Qual hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados por maioria simples no ordenamento jurídico brasileiro? Quais os métodos de efetivação do controle de convencionalidade?

Visando dar conta ao tema, a monografia se subdivide em quatro capítulos e seis seções.

No primeiro capítulo o leitor é situado no tema por uma brevíssima abordagem do conceito de Direito Internacional Público, passando-se, também, pela

origem histórica do direito dos tratados e seu processo de formação no plano internacional.

Após, no segundo capítulo, apresentam-se os métodos de solução de conflitos entre as normas jurídicas interna e internacional, também como se relacionam os direitos internacional e interno nas principais constituições americanas e europeias. No final do capítulo, traçam-se os primeiros precedentes históricos do controle de convencionalidade no plano internacional.

Com o objetivo de melhor compreensão do conteúdo abordado, no terceiro capítulo se discorre de forma resumida sobre os sistemas internacional e interamericano de proteção dos direitos humanos.

No derradeiro capítulo, estudam-se a integração dos tratados internacionais ao direito interno brasileiro e os métodos tradicionais de controle de compatibilidade das leis ao ordenamento jurídico pátrio, finalizando-se com as formas de aplicação efetiva do controle de convencionalidade.

Utilizam-se na pesquisa os métodos de procedimento monográfico, apontando-se também alguns aspectos relevantes dos ordenamentos jurídicos de outros Estados para melhor compreensão do tema. O tipo de pesquisa empregado é o exploratório.

Adota-se como método de abordagem de pensamento o dedutivo, pois o estudo é iniciado com a explicação do processo de formação dos tratados no plano jurídico internacional, até o fim colimado, qual seja: apresentar como ocorre a integração dos tratados internacionais à ordem jurídica interna, e os métodos de efetivação do controle de convencionalidade.

Sua natureza é qualitativa, já que se expõem entendimentos de estudiosos do tema; e a técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, baseada em legislação, doutrina e jurisprudência.

Autores como Valério de Oliveira Mazzuoli e Flávia Piovesan, dentre outros, possuem vasta obra relacionada ao tema do presente estudo.

Eventuais expressões em idioma estrangeiro serão traduzidas pelo pesquisador.

2 O DIREITO DOS TRATADOS E O DIREITO INTERNACIONAL

Antes de se adentrar no estudo do direito dos tratados, necessário se faz entender o ramo jurídico em que está inserido.

O Direito Internacional, conforme ensinam Silva e Accioly (2002), pode, em poucas palavras, ser conceituado como ramo do direito composto pelo conjunto das normas regentes das relações internacionais.

Há de se diferenciar, ainda, o Direito Internacional Público do Privado. Conforme Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (2001), o Direito Internacional Público preconiza normas cogentes que objetivam a proteção direta ou indireta da pessoa humana, desta forma, destina-se a disciplinar as relações que envolvam interesse público, em que se tenha como parte os Estados ou Organizações Internacionais. Já o Direito Internacional Privado, que não é objeto de estudo na presente pesquisa, é composto por regras de caráter permissivo aplicáveis às relações internacionais que contemplem interesse particular, ainda que se tenha como parte um Estado.

Para Jean Touscoz (apud Mello, 2004, p. 77) o DIP: “é o conjunto de regras e de instituições jurídicas que regem a sociedade internacional e que visam estabelecer a paz e a justiça e a promover o desenvolvimento.”

Após este brevíssimo parêntese aberto para conceituação do Direito Internacional Público, passa-se a análise dos tratados internacionais como fonte desse ramo jurídico.

No último século, de acordo com o magistério de Francisco Rezek (2008), especialmente após o final do período das grandes guerras mundiais, o mundo passou por profundas mudanças quanto ao tratamento dos seres humanos, e, neste compasso, foram criadas organizações internacionais, com o objetivo de zelar pelo respeito aos direitos fundamentais das pessoas.

No período pós-guerra, conforme se depreende dos ensinamentos de Rezek (2008), iniciou-se o processo de conscientização dos diferentes sujeitos do Direito Internacional da importância da celebração de contratos entre si, para que regulamentem suas relações no âmbito internacional, tendo em vista que em virtude da soberania estatal, haveria uma total discrepância de normas entre os diferentes Estados.

É cediço que com o advento da globalização é a cada dia maior e mais comum a integração entre os povos de diferentes Estados, e daí resulta o crescimento da importância do estudo dos tratados no DI. No entendimento de Jo (2000, p. 82):

> Os tratados têm cada vez maior importância no DI. A tecnologia moderna, as comunicações e o comércio aumentaram mais do que nunca a interdependência entre os Estados e a disposição destes em aceitar regras internacionais sobre um grande número de questões de interesse comum: extradição de criminosos, normas de segurança para navios e aviões, ajuda econômica, propriedade intelectual, uniformização dos sinais de circulação rodoviária etc.

Grande parte dos doutrinadores tem considerado os tratados internacionais como a mais importante fonte do DI, dentre eles Mazzuoli (2004, p. 1):

> Os tratados internacionais, especialmente os multilaterais abertos, são atualmente considerados a fonte mais concreta e importante do direito internacional público. Baseiam-se na vontade livre e conjugada dos Estados, sem a qual não subsistiriam. Trazem consigo, por natureza, uma especial força normativa, regulando matérias das mais variadas e das mais importantes, tornando o *direito das gentes* mais dinâmico, representativo e autêntico. Exprimem, por conseguinte, a vontade concreta e a necessidade dos Estados de participarem da sociedade internacional.

Nesse contexto de crescimento das relações negociais internacionais, atentou-se para a necessidade de regulamentação do processo de criação dos tratados, culminando esse processo com a celebração da Convenção de Viena do Direito dos Tratados de 1969, que estabelece diretrizes básicas a serem seguidas na formação destes.

Contudo, antes de se penetrar a fundo no estudo dos tratados internacionais, necessário se faz o estudo do conceito de soberania estatal.

2.1 CONCEITO DE SOBERANIA

Ao se aceitar que os Estados estão sujeitos à incidência de normas produzidas no plano jurídico internacional, provoca-se uma mudança no quadro histórico desenvolvido desde os primórdios da vida em sociedade, em que o Estado soberano era o responsável pela criação de todas as normas vigentes no plano

interno, impondo ao povo um dever-ser totalmente contrário às necessidades básicas de qualquer ser humano, conforme propala Ferreira (2011).

Noutras palavras, o homem sempre viveu objetivando alcançar os objetivos econômicos do Estado, enquanto, ao bem da verdade, o Estado deve funcionar de modo a proporcionar uma boa condição de vida aos seres humanos.

Como bem defende Rezek (2008, p. 1):

> No plano interno, a autoridade superior e o braço forte do Estado garantem a vigência da ordem jurídica, subordinando compulsoriamente as proposições minoritárias à vontade da maioria, e fazendo valer, para todos, tanto o acervo legislativo quanto as situações e atos jurídicos que, mesmo no âmbito privado, se produzem na sua conformidade. No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente, e dispõem-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento. A criação das normas é, assim, obra direta de seus destinatários. Não há representação, como no caso dos parlamentos nacionais que se propõem exprimir a voz dos povos, em prevalece o princípio majoritário. **A vontade singular de um Estado soberano somente sucumbe para dar lugar ao primado de outras vontades reunidas quando aquele mesmo Estado tenha, antes, abonado a adoção de semelhante regra, qual sucede no quadro das organizações internacionais, a propósito de questões de importância secundária.** (grifo nosso).

Mariângela Ariosi conceitua soberania da seguinte forma:

> [...] a soberania pode ser traduzida pela negação de toda subordinação ou limitação do Estado por qualquer outro poder, passando este a encerrar um poder supremo e independente, sem o reconhecimento de nenhuma autoridade acima da sua. (ARIOSI, 2008).

Entende-se, desta forma, que diante do fato de o Estado ter autoridade máxima para reger as relações jurídicas em seu âmbito interno, a soberania lhe confere uma característica muito peculiar, a de coagir o cidadão ao cumprimento das normas impostas por ele (Estado “supremo”). Daí resulta aquele velho ditado que, noutras palavras, discorre que as leis não devem ser questionadas, mas cumpridas.

No plano jurídico interno, todas as normas devem seguir como parâmetro a Constituição de cada Estado, pois esta objetiva, dentre outras coisas, resguardar o poder soberano nacional.

Para Cançado Trindade (2012), apesar de aparentemente coisas ambíguas, a soberania estatal e a primazia do Direito Internacional devem coexistir.

Explica-se, o Estado deve ter total autonomia para legislar em seu âmbito interno, todavia, essa legislação deve coexistir com aquela atinente à autodeterminação dos povos, produzida no plano internacional, conforme prevê a Carta das Nações.

De acordo com Seitenfus e Ventura (1999, p. 63, grifos do autor):

> Admitir que a soberania possui um caráter absoluto seria equivalente a negar a existência do próprio direito internacional. Como conseqüência, o conceito é geralmente referido do ponto de vista externo, ou seja, percebendo o Estado nas relações que ele estabelece no cenário internacional. Logo, *o Estado soberano é aquele que não se encontra em situação de dependência, jurídica ou geral, em relação a outro Estado.*

Tem-se, portanto, que apesar da autonomia total do Estado soberano para legislar sobre a maior parte dos assuntos em seu âmbito interno, algumas matérias como, por exemplo, as questões que envolvam direitos humanos, devem seguir um padrão internacional, evitando-se, desta forma, o descaso total do Estado em relação à pessoa humana, como já presenciou o Mundo em vários tristes episódios de barbárie.

2.2 ORIGEM HISTÓRICA E CONCEITO DE TRATADOS INTERNACIONAIS

Apesar da importância merecida dos tratados só ter passado a ser creditada tão recentemente, existem registros históricos que apontam para seu surgimento há tempos muito remotos, como aponta Mazzuoli (2004, p. 35):

> Tem-se como sendo o primeiro tratado internacional celebrado no mundo, de natureza bilateral, aquele referente à paz entre o Rei dos Hilitas, Hattusil III, e o Faraó egípicio da XIXª dinastia Ramsés II, concluído por volta de 1280 e1272 a.C., e que pôs fim à guerra nas terras sírias.

Vignali e Aréchaga (apud Lima 1998, p. 15), apontam o primeiro acordo internacional para tempos ainda mais remotos, há mais de cinco mil e duzentos anos atrás:

> O acordo mais antigo de que se tem notícia e existe documentação é aquele celebrado em 3200 a.C. entre as cidades de Lagash e Umna através do qual ambas fixam suas fronteiras depois de uma guerra e segundo a interpretação de alguns autores também consentiram em submeter suas diferenças à decisão do Senhor da cidade de Kish. [...]

Somente com o advento da Convenção de Viena, assinada em 1969, que os tratados assumiram a condição de tão importante fonte do DI. Nesse ínterim, ensinam Silva e Accioly (2002, p. 28):

> A convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 1969, internacionalmente em vigor desde 1980, é uma das mais importantes fontes do DI, pois nela as regras costumeiras sobre a matéria foram devidamente codificadas num documento quase perfeito. A Convenção de 1969 foi complementada por outra Convenção, de 1986, sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, cujo objetivo foi precisamente de reconhecer o direito das organizações internacionais de firmar tratados e convenções.

A CVDT de 1969 (ÁUSTRIA, 1969), em seu art. 2º, §1º, *a*, definiu tratado como: "um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer esteja consignado em um instrumento único, quer em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua denominação particular".

Noutras palavras, os tratados podem ser definidos como ato jurídico formal em que se oficializa um acordo de vontades entre uma pluralidade de sujeitos de Direito Internacional Público.

Os tratados, via de regra, produzem efeitos somente entre as partes contratantes, conforme prevê o art. 26 da CVDT (ÁUSTRIA, 1969), ou seja, não criam obrigações aos Estados que não tenham consentido com seus termos.

Aos tratados se atribuem várias denominações, conforme ensina Francisco Rezek (2008, p. 16):

> A análise da experiência convencional brasileira ilustra, quase à exaustão, as variantes terminológicas de *tratado* concebíveis em português: *acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo* e *regulamento.* Esses termos são de uso livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística: as mais das vezes, por exemplo, *carta* e *constituição* vêm a ser os nomes preferidos para tratados constitutivos de organizações internacionais, enquanto *ajuste, arranjo* e *memorando* têm largo trânsito na denominação de tratados bilaterais de importância reduzida. Apenas o termo *concordata* possui, em direito das gentes, significação singular: esse nome é estritamente reservado ao tratado bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, e tem por objeto a organização do culto, a disciplina das leis eclesiástica, missões apostólicas, relações entre a Igreja católica local e o Estado co-pactuante. (grifos do autor).

Tem-se, portanto, que a variação terminológica utilizada para nominar o tratado, na maioria das vezes, está relacionada ao conteúdo nele abordado.

2.3 PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS

O processo de formação dos tratados pode variar de um Estado para o outro, porquanto as regras referentes ao poder de celebrá-los são de livre escolha dos Estados, geralmente, estando previstas em suas respectivas constituições.

Entretanto, na maioria das vezes, esse processo interno é compreendido por quatro etapas que, nas palavras de Mazzuoli (2004, p. 70):

> [...] São *quatro* as fases pelas quais têm de passar os tratados solenes, até sua conclusão: a) a das negociações preliminares; b) da assinatura ou adoção, pelo Executivo; c) da aprovação parlamentar (*referendum)* por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado; e, por fim, d) a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca dos instrumentos que a consubstanciam.

Até o presente momento só se explanou acerca da possibilidade dos Estados celebrarem tratados, contudo, existem correntes doutrinárias que preveem a possibilidade de outras pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, que não os Estados, celebrarem acordos, como defendem Silva e Accioly (2002, p. 29):

> As convenções de Viena de 1969 e de 1986 tiveram o grande mérito de estabelecer que o direito de firmar tratados deixou de ser atributo exclusivo dos Estados e pode ser exercido também pelas demais pessoas internacionais, sendo que em 1986 ficou ainda mais esclarecido que tal direito pode ser exercido por sujeitos do direito internacional que não Estados e organizações intergovernamentais, havendo, por exemplo, o direito da Cruz Vermelha Internacional neste particular ter sido lembrado em mais de uma oportunidade.

E ainda:

> As partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público: tanto significa dizer os *Estados soberanos* – aos quais se equipara, como será visto mais tarde, a Santa Sé – e as *organizações internacionais.* Não têm personalidade jurídica de direito das gentes, e carecem, assim, por inteiro, de capacidade para celebrar tratados, as empresas privadas, pouco importando sua dimensão econômica e sua eventual multinacionalidade. (REZEK, 2008, p. 18, grifos do autor).

Para que se conheça mais profundamente o tema, mister se faz esmiuçar as principais etapas necessárias ao processo de celebração dos tratados.

2.3.1 As negociações e a assinatura

As negociações e a assinatura dão início ao processo de formação dos tratados internacionais, sendo competente para celebrar tais atos, em regra, o Poder Executivo, através de seu chefe.

Sobre a negociação, ensina Mello (2004, p. 225):

> A negociação é a fase inicial do processo de conclusão de um tratado. Ela é da competência, dentro da ordem constitucional do Estado, do Poder Executivo. A competência geral é sempre do Chefe de Estado (o rei na Bélgica e Holanda; o presidente da República na França, Alemanha e Itália). Entretanto, outros elementos do poder executivo passaram a ter uma competência limitada (Ministro do Exterior, os demais ministros em matéria técnica). Nesta etapa da conclusão dos tratados internacionais os representantes do chefe de Estado, isto é, os negociadores, se reúnem com a intenção de concluir um tratado.

Nos dizeres de Lima (1998, p. 21-22):

> O comprometimento, tanto no caso dos contratos quanto no caso dos tratados, é precedido de uma fase negocial onde as partes envolvidas verificam a compatibilidade dos interesses em causa. Nos tratados internacionais esta etapa ganha uma conotação política, entrando em cena toda a habilidade e talento dos agentes diplomáticos dos Estados e Organizações internacionais.
> [...]
> Dentre os pontos que podem consistir em objeto de negociação está a fixação do *quorum* de ratificação do tratado. Os Estados que estejam participando da negociação podem estipular necessária a ratificação por parte de um número determinado de Estados, para que o tratado ganhe vigência no plano internacional.

Curial destacar que terceiro mandatário também poderá representar de forma ampla seu Estado no processo de formação do tratado, o chamado plenipotenciário:

> *b) Plenipotenciários.* Um terceiro dignatário possui ainda essa qualidade representativa e ampla: trata-se do ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, em qualquer sistema de governo. Aqui, porém, importa destacar certa distinção entre o ministro especializado e as duas autoridades precedentes. A representatividade do chefe de Estado e do chefe do governo pode entender-se *originária*, o que não sucede no caso do ministro, que a tem *derivada.* Reina um generalizado sentimento da

> impropriedade de se ajustar ao chefe de Estado, ou ao chefe de governo, o rótulo de plenipotenciário, visto que esta expressão intuitivamente se assemelha ao mandatário, e só parece adequada a quem se viu conceder os plenos poderes – não a quem por natureza detém tais poderes, e a prerrogativa, inerente ao cargo, de outorgá-los a outrem. O ministro das relações internacionais se entende um plenipotenciário – no quadro internacional – desde o momento em que investido pelo chefe de Estado, ou pelo chefe do governo, naquela função especializada. Ele guardará o benefício dessa presunção de qualidade, independentemente de qualquer prova documental avulsa, enquanto exercer o cargo. (REZEK, 2008, p. 35-36, grifos do autor).

A assinatura, por sua vez, é o ato através do qual se autentica o texto negociado, indicando-se que o Estado procederá à ratificação do acordo posteriormente. Ensina Aréchaga (apud Lima, 1998, p. 22):

> Assim se chega a um momento em que é necessário estabelecer de forma autêntica o texto que se tenha negociado. Isto se leva a cabo, tradicionalmente, por meio de assinatura do tratado por representantes autorizados das partes que hajam participado das negociações ou da conferência ou órgão onde se tenha elaborado.

Parte da doutrina defende que um tratado assinado, e que não tenha sido ratificado, é apenas um “projeto de tratado”. Já o professor Valério de Oliveira Mazzuoli (2004), ao seguir o entendimento de Pontes de Miranda, defende que a partir do momento da assinatura já existe tratado, contudo, para que haja a perfectibilização do negócio jurídico e, por conseguinte, a vinculação do Estado ao cumprimento do conteúdo acordado, faz-se necessária a ratificação do tratado, tema este, que será abordado a seguir.

2.3.2 Ratificação

A ratificação, por seu turno, é o aceite derradeiro e irretratável do Estado ao conteúdo acordado, obrigando-se a cumpri-lo. Assim sendo, é a partir da ratificação que se perfectibiliza o negócio jurídico, passando o tratado a produzir seus efeitos jurídicos no plano internacional.

Sette Câmara (apud Mello, 2004, p. 228) define ratificação como sendo:

> [...] o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais.

Para Silva e Accioly (2002, p. 34): “Geralmente, só ocorre a ratificação depois que o tratado foi devidamente aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde esta faculdade é do Congresso Nacional.” Ou seja, após a aprovação do Poder Legislativo, compete ao Poder Executivo proceder a ratificação do acordo.

Quanto a sua natureza jurídica:

> Muito já se debateu acerca da *natureza jurídica* da ratificação. Três são as correntes principais de pensamento a esse respeito: *a)* para uns a ratificação é ato que exclusivamente dá validade ao tratado; *b)* outros entendem que a vontade dos negociadores é a única que vale para a conclusão do acordo sendo a ratificação um mero “ato de aprovação” do tratado que diz respeito apenas a sua executoriedade, sendo desnecessária para a sua efetiva validade; e *c)* por fim, uma terceira posição defende que a vontade do órgão competente para a ratificação do compromisso internacional concorre com a dos plenipotenciários que o firmaram, dando origem a um ato complexo. (MAZZUOLI, 2004, p. 87-88, grifos do autor).

Mello (2011, p. 231) apresenta, ainda, uma quarta corrente: “A quarta posição (Scelle) equipara a ratificação a um ato-condição, isto é, a um ato que, realizado, provoca a aplicação de uma situação jurídica objetiva’.”

Contudo, o supramencionado autor entende que:

> Na verdade, a ratificação é um ato *sui generis* que não se enquadra em nenhuma das classificações propostas. Ela é uma das fases, no processo de conclusão dos tratados. Ela confirma a assinatura e dá validade a ele, sem que isto signifique não produzir a assinatura qualquer efeito. A dificuldade em se classificar os atos internacionais se prende, evidentemente, à atipicidade do mundo jurídico internacional. (MELLO, 2004, p. 231, grifos do autor).

Salvo disposição expressa em contrário, depois de ratificado, para que o tratado entre em vigor, faz-se necessária a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação, a teor do que contempla o art. 16 da CVDT.

2.3.3 Adesão

Ocorre a adesão quando um Estado, que não fez parte das negociações do tratado, ingressa neste, obrigando-se, de igual forma, ao conteúdo acordado pelas partes negociantes.

Nas palavras de Mazzuoli (2004, p.100): “[...] Consiste, pois, na manifestação unilateral de vontade do Estado, que exprime o seu propósito em se tornar parte de determinado tratado, de cuja negociação, no plano internacional, não participou”.

Há, ainda, quem tente diferenciar a adesão da aceitação, mas de acordo com Silva e Accioly (2002, p. 37), os dois institutos devem ser considerados sinônimos.

Não se pode perder de vista que a adesão ou aceitação só será possível nos casos de tratados abertos, ou seja, quando o texto do tratado, tácita ou expressamente, a permitir. Para Mello (2004, p. 245):

> Ela tem sido muito utilizada nos tratados multilaterais e em princípio só é possível quando o tratado a previu expressamente. Caso o tratado silencie sobre a possibilidade de um terceiro se tornar seu contratante, é necessário o consentimento dos Estados-parte no tratado.

Quanto à necessidade da ratificação nos casos de ingresso do Estado no tratado através de adesão, entende a doutrina majoritária que ela é prescindível:

> A maioria dos doutrinadores (Quadri, Sette Câmara) se tem manifestado no sentido de que a adesão não deve estar sujeita a ratificação, uma vez que o Estado, ao aderir ao tratado, já o encontra pronto e deve ter “meditado” sobre ele. Todavia, a prática internacional tem consagrado a adesão sujeita a ratificação, e a Convenção de Havana (art. 9º) também a consagrou. O Secretariado da ONU, quando recebe uma adesão com reserva de ratificação, considera o instrumento simplesmente como uma notificação da intenção do Governo de se tornar parte no tratado. A Comissão de DI considera a adesão sujeita a ratificação como anômala, mas freqüente. (MELLO, 2004, p. 245).

Noutras palavras, até por uma questão lógica, é dispensável a ratificação dos Estados que vierem a aderir ao tratado já concluído, pois ao manifestar seu interesse em participar do pacto, já tiveram a oportunidade de discutir internamente se era interessante ou não se obrigar com as regras nele previstas.

Conhecido o processo de formação dos tratados internacionais, passa-se ao estudo do processo de integração entre as normas jurídicas, interna e internacional, o que se faz no capítulo subsequente.

3 CONFLITOS ENTRE A NORMA JURÍDICA INTERNA E O DIREITO INTERNACIONAL

Como já demonstrado no capítulo anterior, cresceu vultosamente, especialmente após o período das grandes guerras mundiais, a necessidade de integração das orientações da ordem jurídica internacional ao plano jurídico interno, de maneira singular, aquelas que versam sobre respeito aos direitos humanos, uma vez que estes não devem ter sua regulamentação reduzida ao âmbito de cada Estado.

A esse fenômeno de integração mútua das ordens jurídicas, interna e externa, se dá o nome de internacionalização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Internacional.

> Enquanto o direito interno subordina os sujeitos de direito a um poder central que estabelece a lei e os faz respeitá-la, graças a um aparelho institucional que pode recorrer à força, o direito internacional pressupõe a promulgação em comum, por meio de acordo, de uma regulamentação, cabendo a cada Estado avaliar a dimensão do dever que lhe incumbe e as condições de sua execução. Deste panorama traçado por René-Jean Dupuy, visualiza-se um *direito interno de subordinação* e um *direito internacional de coordenação.* (SEITENFUS; VENTURA, 1999, p. 25, grifos do autor).

O constitucionalista Paulo Bonavides (2012, p. 50) ensina que a internacionalização do Direito Constitucional consiste “na recepção de preceitos de Direito Internacional por algumas Constituições modernas, que incorporam e chegam até a integrar o Direito externo na órbita interna”. Prossegue o autor explicando que a constitucionalização do Direito Internacional, por sua vez, consiste na influência que a ordem constitucional exerce sobre o direito internacional, fazendo que este incorpore regras anteriormente previstas em Constituições. E o autor exemplifica este fenômeno:

> A Carta da ONU (Organização das Nações Unidas) é desses documentos que sugerem a imitação, ainda um tanto rude, do modelo constitucional, como se estivesse a criar nos três órgãos básicos – a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança e a Corte de Justiça, respectivamente – a imagem dos três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que distinguem, com seu perfil característico, a organização do Estado moderno. (BONAVIDES, 2012, p. 50).

Nesta esteira, existem duas teorias que visam explicar a relação entre direito interno e externo, quais sejam, a teoria monista e a dualista. Conforme se percebe:

> Perante a existência de duas Ordens Jurídicas, a estadual e a internacional, ou se entende que as duas são independentes uma da outra e que cada uma delas precisa de ter normas específicas sobre a sua relação recíproca, ou se pensa, ao contrário, que o Direito constitui uma unidade, de que ambas são meras manifestações, ficando a validade das normas interna e internacional a resultar na mesma fonte a elas comum. No primeiro caso estamos perante o *dualismo* ou *pluralismo*; no segundo caso temos o *monismo.* (PEREIRA; QUADROS, 1997, p. 82-83, grifos do autor).

Ou seja, a teoria dualista defende uma independência total entre as ordens jurídicas interna e externa, conforme leciona Francisco Rezek:

> Para os autores dualistas – dentre os quais se destacam no século passado Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália –, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade de uma norma interna não se condiciona à [*sic*] sua sintonia com a ordem internacional. (REZEK, 2008, p. 4).

Doutra banda, a corrente monista sustenta que as ordens jurídicas, interna e externa formam uma unidade, estando, assim, uma subordinada à outra. A respeito disso:

> Há quem perceba, entretanto, a unidade lógica e sistemática das regras internas e internacionais, o que implica um imperativo de subordinação entre uma e outra. Assim, o *monismo* pode revestir-se de duas modalidades: o que defende a primazia do direito interno sobre o internacional, e o que sustenta o primado do direito internacional sobre o direito interno. O monismo se manifesta pela introdução, mormente nos textos constitucionais dos Estados, de uma cláusula que estipula a supremacia de um direito sobre o outro, hierarquizando suas fontes. (SEITENFUS; VENTURA, 1999, p. 26, grifos do autor).

A teoria monista se subdivide, ainda, em internacionalista e nacionalista. O monismo internacionalista[1], segundo Mazzuoli (2004, p. 212), "sustenta a

---

[1] De acordo com Francisco Rezek (2008, p. 4): "O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior, enquanto a vertente nacionalista encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de haver transparecido com bastante nitidez, entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra dos autores soviéticos."

unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito externo, a que se ajustariam todas as ordens internas".

Assim, de acordo com Mello (2004), Kelsen defende a teoria monista em dois momentos distintos: primeiro de forma radical, ao sustentar que inexistem conflitos entre as ordens interna e externa, tendo em vista que uma norma inferior jamais pode contrariar uma norma superior, porquanto é dela que decorrem sua fonte e fundamento; após, passou a admitir que podem existir conflitos entre duas ordens jurídicas distintas, o chamado "monismo moderado", que é muito mais adequado à realidade.

Sob a ótica do monismo nacionalista, o direito interno de cada Estado se sobrepõe aos comandos do Direito Internacional, sendo que sua sujeição às normas internacionais é uma faculdade discricionária do Estado soberano (Mazzuoli, 2004).

Segundo Seitenfus e Ventura, essas teorias (dualista e monista) podem refletir na ordem interna das seguintes formas:

> O predomínio do dualismo ou monismo repercute em soluções práticas exigidas pelo convívio internacional. Para Davis Ruzié, ditas soluções se diferenciam quando se tratam da aplicação, em seara interna, do *costume* internacional e dos *tratados* internacionais. [...]
> Com referência aos tratados internacionais, pode haver também o silêncio dos textos constitucionais. São mais freqüentes, no entanto, três modalidades de tratamento constitucional da matéria. Primeiramente, há cláusulas que conferem aos tratados o valor de direito interno. Um segundo tipo de cláusula vai mais além, determinando a supremacia dos tratados sobre o direito interno. Esta supremacia poderá operar-se sobre a lei, ou sobre a Constituição, ou ainda sobre outros tratados – por exemplo, a prevalência dos tratados internacionais sobre direitos do homem relativamente a outros acordos internacionais. Finalmente, há cláusulas que prevêem a necessidade de incorporação do texto do tratado ao ordenamento interno, logo a *internalização* do acordo, para que ele encontre sua vigência. Neste caso, os tratados equiparam-se à legislação ordinária. (SEITENFUS; VENTURA, 1999, p. 26, grifos do autor).

Corroborando com tal entendimento:

> Um confronto das várias experiências fundamentais mostra-nos que os sistemas possíveis são fundamentalmente três:
> a) O Estado recusa em absoluto a vigência do Direito Internacional na ordem interna. Por isso, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna tem de ser reproduzido por uma fonte interna. Consequentemente, a norma internacional nunca vigorará *como tal* na ordem interna, mas apenas como norma *interna.* É o chamado sistema da *transformação*, que às vezes se exprime pela simples *ordem de execução.*
> [...]
> b) O Estado reconhece a plena vigência de todo o Direito Internacional na ordem interna, mediante uma *cláusula geral de recepção plena*. A regra

> internacional vigora na ordem interna mantendo a sua qualidade de norma de Direito *Internacional.*
> Ao contrário do anterior, este sistema constitui um corolário da construção monista das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, particularmente do monismo com primado do Direito Internacional, [...].
> c) Sistema misto: o Estado não reconhece a vigência automática de todo o Direito Internacional, mas reconhece-o só sobre certas matérias. As normas internacionais respeitantes a essas matérias vigoram, portanto, na ordem interna independentemente de transformação; ao contrário, todas as outras vigoram apenas mediante transformação. Este sistema é conhecido por sistema da *cláusula geral da recepção semiplena.* (PEREIRA; QUADROS, 1997, p. 94-95, grifos do autor).

Conforme leciona Mello (2004, p. 125), existem ainda algumas outras teorias que têm como escopo conciliar o dualismo e o monismo, que são as chamadas "teorias conciliadoras", as quais, na verdade, sustentam a primazia do Direito Internacional.

No que tange à primazia do Direito Internacional, prescreve o art. 27 da CVDT (ÁUSTRIA, 1969) que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46[2]." Para Pereira e Quadros (1997, p. 85-86): "Isto significa claramente que, no estado actual do ordenamento jurídico internacional, a validade do Direito Internacional não depende da validade do Direito Interno."

Pereira e Quadros (1997) lecionam no sentido de que os Estados têm o dever de elaborar suas normas internas em conformidade com as obrigações internacionais por eles assumidas.

Diante dessa diversidade de entendimentos, as constituições de alguns Estados expressamente disciplinam a relação entre direito interno e internacional.

3.1 PANORAMA GLOBAL DE RELAÇÃO ENTRE NORMAS INTERNAS E INTERNACIONAIS

---

[2] Artigo 46
Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados
1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.
2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé. (ÁUSTRIA, 1969).

Conforme se afirmara no encerramento do tópico anterior, é crescente o número de Estados que preveem em suas Constituições regras definidoras da relação entre normas internacionais e internas. Essas cláusulas, por exemplo, podem garantir a adoção do Direito Internacional pelo direito interno sem disposição de primazia, com primazia do primeiro sobre o segundo ou do segundo sobre o primeiro, ou até silenciarem sobre o tema.

Hodiernamente, conforme expõem Pereira e Quadros (1997), nenhuma Constituição moderna possui cláusula expressa de recusa à aplicabilidade da norma internacional na ordem interna.

Para Ribeiro (2001, p.78): “Acertadamente, a prática internacional vem consagrando o monismo moderado com primado no Direito internacional sobre qualquer outra norma de Direito interno, seja ela de caráter constitucional ou ordinário.”

Contudo, essa primazia do Direito Internacional sobre o interno ainda não é unânime, tornando-se importante fazer o estudo individualizado de algumas constituições de diferentes Estados.

3.1.1 O direito internacional nas constituições europeias

É comum no velho continente a integração das normas internacionais ao ordenamento jurídico interno dos Estados. Entretanto, a resolução de eventuais conflitos entre as duas ordens jurídicas nem sempre é contemplada pelos textos constitucionais.

As Constituições da Áustria e da Estônia, de acordo com Mazzuoli (2004), preveem como integrantes da ordem jurídica interna as regras de Direito Internacional universalmente reconhecidas. Contudo, silenciam quanto à primazia de uma norma sobre a outra, aplicando-se, por conseguinte a regra “lei posterior revoga a anterior que com ela conflita”. Portanto, no caso concreto, prevalecerá a norma interna ou internacional mais recente.

Já as Constituições da Espanha e de Portugal, garantem a aplicação ao direito interno dos tratados internacionais de que sejam signatários. Assim como na Áustria e Estônia, silenciam sobre a hierarquia dessas normas no ordenamento

interno, portanto, de acordo com Mazzuoli (2004), aplica-se, também, a regra da *lex posterior derrogat priori.*

De outro lado, Celso de Mello (2004, p. 135), leciona que: “Na CEI, várias Constituições consagram a incorporação do DI e o seu primado, como da Rússia, Moldávia, Casaquistão [sic], etc. Na Rússia as decisões sobre direitos humanos invocam sempre o DIP.”

Países como Holanda e França preveem expressamente em suas *lex mater* o primado do Direito Internacional em relação ao direito interno. Celso de Mello defende ainda que:

> Nos países europeus há uma influência nas constituições de origem internacional ou supra-nacional. A própria convenção européia de direitos humanos é vista como tendo “traços supranacionais”. As constituições tcheca, eslovaca, rumena [sic], malgrado o seu sistema dualista, prevêem o primados dos tratados em face da lei interna. (MELLO, 2004, p. 135-136).

Mazzuoli (2004, p. 232) ensina que a Constituição alemã também prevê a primazia do Direito Internacional:

> Como exemplo de Constituição que aceita cláusula de adoção global do direito internacional pelo direito interno, trazendo regras no sentido de dar *primazia* às normas emanadas do direito internacional, encontra-se a Carta da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*), que, em seu art. 25, expressamente dispõe: “As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta para os habitantes do território federal”. Acerca do significado da expressão “normas gerais do Direito Internacional Público”, assim leciona KONRAD HESSE: “Debaixo disso devem ser entendidas aquelas regras do Direito internacional Público que, pelo número maior dos estados (*sic*) – não necessariamente pela República Federal –, são reconhecidas, por exemplo, as regras sobre o estado jurídico das delegações estrangeiras ou normas do direito de guerra, como a proibição de pilhagem ou do tratamento desumano dos prisioneiros.

E prossegue:

> A essas regras, o art. 25 da Lei Fundamental dá primazia sobre as leis e, com isso, também sobre as normas de hierarquia inferior, de modo que elas prevalecem sobre cada norma jurídica estatal que fica atrás delas ou as contradiz, não, ao contrário, sobre a própria Constituição, na qual se assenta aquela validez intra-estatal como direito federal e que não conhece direito federal que está, em hierarquia, sobre ela. As regras gerais de Direito Internacional Público tornaram-se, com isso, em virtude do Direito Constitucional, obrigatórias diretamente para o poder legislativo, executivo e judiciário. Na medida em que elas, como regras de Direito Internacional Público, fundamentam direito e deveres para o particular, criam elas

> também direitos e deveres diretamente para os habitantes do território federal. [...]" (MAZZUOLI, 2004, p. 232-233, grifos do autor).

Mazzuoli ensina que as Constituições da Bulgária, Bielorússia e Grécia, também são exemplos de adoção expressa da primazia do Direito Internacional sobre a ordem interna.

3.1.1.1 O direito comunitário

Ao se tratar das Constituições europeias, curial falar do Direito Comunitário, que visa à integração dos países do continente, proporcionando assim um desenvolvimento harmonioso dos Estados-membros da Comunidade Européia. Nesse sentido, ensina Franco:

> É bem verdade que **o exemplo da União Européia vem relativizando tal preceito** (ao menos no âmbito do bloco), vez que lá **as normas comunitárias preponderam sobre as dos países**. Aliás, a característica, talvez principal, da UE, reside na autolimitação dos poderes soberanos dos Estados-membros, como forma de se obter a desejada integração. No entanto, se há conformação entre os doutrinadores quanto à superioridade da Constituição em relação aos tratados, **a relação entre os tratados e a legislação infraconstitucional, anterior e posterior, é que vem gerando controvérsias.** (FRANCO, 2013, grifos do autor).

Oportuno, ainda, conhecer a lição de Karine de Souza Silva (2005, p. 47-48):

> No atual artigo 2º do TCE aparece explícito mandamento segundo o qual os esforços comuns serão aglutinados para concretizar a missão comunitária que é a de "promover o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades econômicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e social e a solidariedade entre os Estados-membros".

Silva, K. (2005) leciona ainda que os Estados europeus podem ser compelidos ao cumprimento das normas produzidas pela CE. Também tratando sobre o tema em discussão, José Soares Filho defende que:

> O direito comunitário, sejam os tratados que instruíram as comunidades européias, sejam os atos normativos (judiciários e executivos), pressupõe

> uma limitação das autoridades nacionais em favor dos órgãos comunitários. (SOARES FILHO, 2003, p. 133).

Em sua obra, José Souto Maior Borges corrobora ao entendimento de supremacia das normas comunitárias sobre a produção jurídica interna na CE, como se depreende:

> O direito comunitário deve ser havido como vinculante para a União e Comunidades Européias e para os ordenamentos nacionais dos Estados-membros. Sob esse prisma, se manifesta, mais que a autonomia, a sua supremacia diante do ordenamento dos Estados-membros. (BORGES, 2005, p. 83).

Importante fazer a distinção entre o DI e o Direito Comunitário, que conforme Maristela Basso (2013):

> O Direito Internacional é aquele que estudamos nas faculdades de Direito. Tem como base o consentimento dos Estados. É, portanto, um Direito que resulta do esforço intergovernamental. Tem como principais fontes os tratados e os costumes internacionais, fundamentalmente. Os primeiros, para se tornarem obrigatórios, precisam da aprovação dos parlamentos internos (nacionais), e os segundos dependem da prática reiterada dos Estados.
> O Direito comunitário, ou Direito da integração, é aquele que vamos estudar nas faculdades de Direito e que os europeus já estudam. Esse nasce e se desenvolve nas zonas de "mercado comum", dos processos de integração e formação de blocos econômicos de Estados. Através dele, os Estados conseguem transformar seus mercados nacionais num único e compartilhado mercado, denominado de "mercado comum". É um Direito dotado de autonomia científica, não é nem Direito Internacional clássico nem Direito interno. Sua característica essencial é a supranacionalidade, haja vista que não tem sua origem no consenso, mas na maioria qualificada dos seus membros.

Alguns Estados do “velho continente” já contemplam em suas Constituições a incidência das normas de caráter comunitário na ordem jurídica interna. De acordo com Soares Filho:

> São, por exemplo: a da República Federal da Alemanha, cujo artigo 24º/1 dispõe que *“A Federação pode transferir por via legislativa, direitos de soberania para as instituições internacionais”*; a Constituição italiana, a qual, em seu artigo 11º, estabelece que a Itália *“consente, em condições de paridade com os outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e favorece as organizações internacionais que visem esse escopo”*. A Constituição portuguesa estatui, em seu artigo 8º/3, que as normas de organizações internacionais de que Portugal faça parte *“vigoram directamente na ordem interna desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”*; e, no artigo 7º/6, reza que se pode

> convencionar *"o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união européia"*, desde que haja reciprocidade, se observem o princípio da subsidiariedade e o objetivo da realização da coesão econômica e social. (SOARES FILHO, 2003, p. 133, grifos do autor).

Tecidos esses breves esclarecimentos sobre o Direito Comunitário, e lembrando que a presente pesquisa não tem como escopo o aprofundamento no tema, que diante de sua amplitude comporta estudo específico, passar-se-á a tratar das Constituições dos Estados americanos.

3.1.2 O Direito Internacional nas Constituições americanas

Assim como na Europa, nas Américas também variam as disposições das diferentes Constituições acerca da incorporação das normas internacionais ao ordenamento jurídico interno. Ribeiro ensina que os Estados americanos foram pioneiros ao dar primazia para as normas internacionais em relação às internas:

> Os estados americanos tomaram a dianteira a respeito da consolidação da primazia do Direito internacional através da confecção de tratados. Assim, já em 26.12.1933, foi assinada em Montevidéu a Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados, onde ficou determinado que "o exercício desses direitos não tem outros limites além do exercício dos direitos de outros Estados, de acordo com o Direito internacional". Isto importa em dizer que se passou a reconhecer o primado do Direito das gentes como delimitador do exercício das competências do Estado. Além do mais, a Convenção ainda estabeleceu que o reconhecimento de um Estado significa que aquele que o reconhece aceita a personalidade do outro com todos os direitos e deveres que foram previamente determinados pelo ordenamento jurídico internacional. (RIBEIRO, 2001, p. 83-84).

A Constituição peruana de 1993 possui cláusula de adoção das regras de Direito Internacional pelo direito interno, porém nada dispõe sobre primazia de uma norma sobre a outra. Nesse sentido Mazzuoli ensina:

> Da mesma forma, a Constituição Política do Peru, de 1993, estabelece no seu art. 55, que: "Os tratados celebrados pelo Estado e em vigor formam parte do direito nacional". No que se refere aos tratados de proteção dos direitos humanos, a Carta peruana dispõe, na seção quarta de suas "Disposições Finais e Transitórias" que: "*Las normas relativas a los derechos y a lãs liberdades que La Constitución reconoce se interpertan de conformidad com la Declaración Universal de Derechos Humanos y com los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas matérias ratificados por El Perú".* (MAZZUOLI, 2004, p. 230, grifo nosso).

Doutra banda, as Constituições da Costa Rica de 1949, de Honduras de 1982[3], El Salvador de 1983[4], Guatemala de 1985[5], do Paraguai de 1992[6], Equador de 2008[7], por exemplo, reconhecem a incidência das regras de Direito Internacional ao seu ordenamento, prevendo, inclusive, sua primazia em relação ao direito interno.

De acordo com Ribeiro (2001, p. 77): "os Estados Unidos introduziram um dispositivo em sua Constituição, adotando o princípio de que o Direito internacional é parte do ordenamento jurídico interno". Mazzuoli (2004) complementa, lecionando que a Constituição estadunidense, em seu art. 6º, II, também reconhece a primazia das regras de Direito Internacional sobre as normas internas.

Diferentemente do que acontece no continente europeu, e como já mencionado em momento anterior no presente estudo, nas Américas não se verifica a existência das normas de Direito Comunitário, que de acordo com Ribeiro (2001, p.19-20) apesar de já contar com a existência do Mercosul, ainda necessita galgar longos passos até chegar a um mercado comum e, consequentemente, contar com a incidência das regras comunitárias sobre seus Estados-membros.

---

[3] ***ARTICULO 18.-*** *En caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero.* (HONDURAS, 1982)

[4] ***Art. 144.-*** *Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.*
La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.(EL SALVADOR, 1983)

[5] ***ARTICULO 46.- Preeminencia del Derecho Internacional.*** *Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.* (GUATEMALA, 1985)

[6] ***Artículo 137 - DE LA SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION***
La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.
Artículo 141 - DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
Los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137. (PARAGUAI, 1992)

[7] *Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.* (EQUADOR, 2008)

Existe, ainda, a possibilidade de uma Constituição nada prever sobre a integração entre o direito interno e externo, assunto que se estuda na próxima seção.

3.1.3 As Constituições que nada dispõem sobre a relação entre Direito Internacional e Interno

Já se explanou acerca das Constituições que preveem a primazia das normas internas ou das internacionais, além de existir a possibilidade da Carta Magna nada dispor acerca das relações entre as duas ordens jurídicas no Estado.

Mazzuoli (2004) assevera que existem Constituições omissas quanto à relação entre as duas ordens jurídicas (interna e externa), ou outras que nada dispõem por não serem escritas, como a da Inglaterra. No caso britânico, Pereira e Quadros (1997) afirmam existir a adoção global das normas de Direito Internacional com sistema de transformação, enquanto Mazzuoli (2004) defende que isso ocorre em virtude de um costume que se aplica desde o século XVIII:

> [...] e que foi convertido na regra *International Law is partof the Law os the land* que nada mais era do que "a consagração da adoção global do Direito Internacional costumeiro pelo *Common Law.* Incorporadas ao *Common Law,* as regras do Direito Internacional estavam, como as normas elaboradas pelos magistrados ingleses, submetidas às leis do Parlamento após a vitória deste sobre o *Common Law.* A sua aplicação pelos Tribunais se fazia automaticamente. Entretanto, na segunda metade do século passado (...), a doutrina da incorporação sofreu certo enfraquecimento, havendo alguns acódãos recentes que a têm interpretado de maneira restritiva. Contudo, isso não significa nova atitude, já que o princípio da incorporação, em si, não sofreu modificações de fundo, tendo, entretanto, variado as modalidades de sua aplicação. [...]. (MAZZUOLI, 2004, p. 241-242, grifos do autor).

Para os doutrinadores filiados à teoria monista, como André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, na ausência de disposição constitucional de prevalência das regras internas sobre as internacionais, prevalecem estas sobre aquelas, como explicam:

> Da adesão à concepção monista outra conclusão derivará ainda: a vigência interna do Direito Internacional na ausência de disposições estaduais que a ela se refiram. Tal era expressamente o pensamento de VERDROSS, como derivação do princípio de que não pode presumir-se a intenção do legislador interno de violar a norma internacional.

> Pois se o Estado tem o dever – reconhecido por monistas e dualistas – de conformar a sua ordem interna com o Direito Internacional, bem pode entender-se que, se não regulou expressa ou implicitamente a questão, não excluiu a vigência automática do Direito Internacional, que será a única forma susceptível de, na ausência de outras disposições, assegurar o cumprimento pelo Estado do referido dever de conformidade. (PEREIRA; QUADROS, 1997, p. 92).

Atualmente, a maioria esmagadora das constituições já disciplina em seus textos qual será a ordem jurídica a prevalecer em caso de eventual conflito. Sendo que no caso de omissão constitucional, haverá a primazia do DI sobre as normas internas, portanto, aos Estados que desejarem ver primazia da ordem jurídica interna sobre a internacional, devem dispor expressamente sua intenção na sua *Lex Mater.*

3.2 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Ao falar da relação entre normas internas e internacionais nos diferentes países do mundo, antes de se adentrar no modo como se dá esta integração no Brasil (trata-se do assunto no último capítulo do presente estudo), necessário se faz remontar aos primeiros passos do controle de convencionalidade.

A expressão “controle de convencionalidade” tem origem na Europa, mais precisamente na França, conforme afirma Mazzuoli (2011a, p. 81, grifos do autor):

> É ainda necessário deixar claro, notadamente ao leitor brasileiro e interamericano, que a idéia de “controle de convencionalidade” tem origem francesa e data do início da década de 1970. Não foram os autores pátrios citados, tampouco a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por primeiro se utilizam dessa idéia de controle e o seu conseqüente (e já conhecido) neologismo. Tal se deu originariamente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente – naquele caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de *constitucionalidade* propriamente dito, o único em relação a qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito.

Contudo, Mazzuoli (2011a) diz que apesar de a expressão ter sido empregada há algumas décadas, nenhum jurista havia se pronunciado quanto aos métodos de efetivação do supramencionado controle.

Quanto ao surgimento no continente americano, Mazzuoli ensina que:

> É importante desde já esclarecer que, no Continente Americano, a obrigação de controlar a convencionalidade das leis remonta à entrada em vigor da Convenção Americana (em 18 de julho de 1978, nos termos de seu art. 74,2). Ocorre que mais de vinte anos depois é que foi o termo "controle de convencionalidade" efetivamente aparecer, especialmente nas sentenças da Corte Interamericana. Esta (desde 2006) tem entendido devam os juízes e tribunais internos proceder ao exame da compatibilidade das leis com a Convenção Americana, levando em conta não somente a Convenção, mas também a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, intérprete última e mais autorizada do Pacto de San José. [...] (MAZZUOLI, 2011a, p. 84).

E prossegue:

> Nesse exato sentido, assim decidiu a Corte Interamericana no *Caso Almonacid e outros Vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006: "[...]. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário *deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade'* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direito Humanos. [...]". (MAZZUOLI, 2011a, p. 84-85, grifos do autor).

De acordo com Sagués (apud Russowsky, 2013, p. 1752-1753) o controle de convencionalidade "é fruto da criação jurisprudencial, principalmente através dos tribunais protetores dos direitos humanos, leia-se Corte Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos".

Como se percebe até aqui, o controle de convencionalidade está intimamente ligado aos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, antes de se falar sobre os métodos de efetivação do controle de convencionalidade na ordem jurídica brasileira, curial fazer uma breve exposição sobre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o que se fará no próximo capítulo.

4 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, há de se falar que o presente estudo não tem como escopo apresentar com profundidade o tema direitos humanos, sendo feita apenas uma breve abordagem, com o fito de proporcionar ao leitor a compreensão do capítulo final da monografia.

É cediço que com o surgimento das civilizações a população passou a sofrer com o abuso dos poderosos (leia-se o próprio Estado através de suas autoridades constituídas). Neste cenário, diante da necessidade de proteção dos menos favorecidos, exsurgiram os direitos humanos.

> Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. (MORAES, 2003, p. 19).

Ao se admitir que os direitos humanos se ergueram conjuntamente com as civilizações, como decorrência lógica, conclui-se que eles evoluíram as acompanhando. A respeito disso:

> A discussão sobre a questão dos Direitos Humanos envolve necessariamente uma análise das formas de organização da sociedade em diferentes momentos históricos, donde ocorreram desigualdades entre os homens, constituídas a partir de fatores de ordem econômica, política e cultural [...] (SCHAFRANSKI, 2003, p.14).

Como bem asseverou Piovesan (2008, p. 109), sempre pairaram dúvidas quanto ao fundamento e a natureza dos Direitos Humanos.

Num primeiro momento, mister se faz conhecer o significado da palavra fundamento. Podem ser citados como seus sinônimos: base, motivo, prova, ou até princípios básicos de uma ciência. Para os estudiosos do direito, a palavra fundamento tem um significado um pouco mais amplo, conforme define Comparato (1998, p. 3, grifos do autor): “Já no campo da teoria geral do direito, fundamento diz respeito à **validade** das normas jurídicas e à fonte de irradiação dos efeitos delas decorrentes. Em outras palavras: - Porque a norma vale e deve ser cumprida?”

Voltando o foco para o tema principal, merecem ser citadas as três principais teorias que justificam o fundamento dos direitos humanos, quais sejam: a

jusnaturalista, a positivista e a moralista. De acordo com Penteado Filho (2012, p. 19):

> A **teoria jusnaturalista** inscreve os direitos humanos em uma ordem suprema, universal, imutável, não se tratando de obra humana.
> A **teoria positivista** diz que os direitos humanos são criação normativa, na medida em que é legítima manifestação da soberania do povo. Assim, só são direitos humanos aqueles reconhecidos pela legislação positiva.
> Enfim, a **teoria moralista** (ou de Chaïn Perelman) acredita que o fundamento dos direitos humanos encontra-se na consciência moral do povo. (grifos do autor).

Para Alexandre de Moraes (2003, p. 35), essas três teorias coexistem e estão intimamente interligadas entre si:

> A incomparável importância dos direitos fundamentais não consegue ser explicada por qualquer das teorias existentes, que se encontram insuficientes. Na realidade, as teorias se completam, devendo coexistirem, pois somente a partir da formação de uma consciência social (teoria de Perelman), baseada principalmente em valores fixados na crença de uma ordem superior, universal e imutável (teoria jusnaturalista) é que o legislador ou os tribunais (esses principalmente nos países anglo-saxões) encontram substrato político e social para reconhecerem a existência de determinados direitos humanos fundamentais como integrantes do ordenamento jurídico (teoria positivista). O caminho inverso também é verdadeiro, pois o legislador ou os tribunais necessitam fundamentar o reconhecimento ou a própria criação de novos direitos humanos a partir de uma evolução de consciência social, baseada em fatores sociais, econômicos, políticos e religiosos.

Já Norberto Bobbio defende que mais importante do que saber qual o fundamento dos direitos humanos, faz-se garanti-los.

> Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 45).

Percebe-se, portanto, que mesmo já se discutindo sobre o tema há muitos anos, ainda não existe um entendimento pacífico acerca de qual o fundamento dos direitos humanos, não comportando em um estudo tão superficial desvendá-lo, até porque, como já falou Norberto Bobbio, o que mais importa é garantir a aplicação e respeito aos direitos humanos.

4.1 DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E DO HOMEM

Embora por muitas vezes sejam utilizados como sinônimos, as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais tratam de temas distintos, como ensina Penteado Filho (2012, p. 21-22, grifos do autor):

> **Direitos do homem** é expressão de cunho **jusnaturalista**, mais que de direito positivo, significando um rol de direitos naturais, ainda não positivados pelas constituições ou tratados. Nos tempos modernos os direitos conhecíveis e ainda não codificados são muito raros de se encontrar.
> **Direitos fundamentais** é expressão mais voltada para o **Direito Constitucional**, compreendendo direitos (declarações) e garantias (instrumentos de proteção) positivados na ordem jurídica interna de determinado Estado.
> Por derradeiro, **direitos humanos** são prerrogativas (direitos e garantias) inscritas em **tratados e costumes internacionais**, elevando-se a tipificação no Direito Internacional Público.
> A doutrina também estabelece a classificação de direitos humanos em sentido estrito e em sentido amplo. Os **direitos humanos *stricto sensu*** são todos aqueles **garantidos em tempo de paz** (vida, liberdade, igualdade, segurança pessoal etc.), ao passo que ***lato sensu*** os **direitos humanos** compreendem não apenas aqueles fixados em tempo de paz, como também o **direito de asilo**, o **direito dos refugiados** e o **direito humanitário.**

Assim, deve o operador do direito evitar a utilização das expressões acima conceituadas como sinônimos, pois, apesar de temas que estão intimamente ligados em sua essência, expressam momentos e situações diferentes.

4.2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Apesar de os primeiros registros históricos de internacionalização dos Direitos Humanos terem sido o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, só houve sua consolidação a partir da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Buergenthal (apud Piovesan, 2008, p. 117):

> O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam [sic] ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

Para Garcia (2005, p. 17-18):

> A partir do Século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o colorido de dogma intangível. Essa constatação, longe de ser setorial ou mesmo sazonal, rompeu as fronteiras de cada Estado de Direito, disseminou-se pelo globo e, em refluxo, afrouxou as amarras do aparentemente indelével conceito de soberania, subtraindo do Estado a disponibilidade normativa e exigindo o imperativo respeito de valores essenciais ao ser humano.

Após esse período de "desconsideração" da dignidade do homem, foi necessária a reconstrução dos seus direitos. Nesse sentido:

> No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. (PIOVESAN, 2008, p. 118).

Fábio Konder Comparato segue a mesma linha de pensamento:

> Ao emergir da 2ª Guerra Mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos. (COMPARATO, 2005, p. 55).

De acordo com Flávia Piovesan (2008), os países aliados na busca de uma forma de punir os responsáveis pelas atrocidades praticadas no período de guerra, através do Acordo de Londres de 1945, convocaram o Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra. Desta forma, foi impulsionado o movimento de internacionalização da proteção dos direitos humanos.

Ainda neste cenário, em 26 de junho de 1945, foi assinada a Carta das Nações Unidas que originou, nas palavras de Schafranski (2003, p. 40): "uma organização internacional, voltada à permanente ação conjunta dos Estados na

defesa da paz mundial, incluída aí a promoção dos direitos humanos e das liberdades públicas".

Garcia (2005) ensina que, com a criação da Organização das Nações Unidas, a obrigação por zelar pelo respeito aos direitos humanos deixou de ser apenas individual de cada Estado, sendo, também, responsabilidade do plano internacional:

> Esse quadro sofreu sensíveis alterações com a criação da Organização das Nações Unidas. Embora a Carta das Nações não se refira, literalmente, à *"proteção"* ou à *"salvaguarda"* dos direitos humanos, é inegável o fato de ter introduzido uma profunda mudança no Direito Internacional tradicional, essencialmente intra-estatal, ao tornar incontroverso que o tratamento dispensado pelos Estados às pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, sejam elas nacionais ou estrangeiros, se submeteria às regras e princípios internacionais. (GARCIA, 2005, p. 20, grifos do autor).

E prossegue o autor:

> Como se constata, são objetivos das Nações Unidas, coexistentes e harmônicos entre si, o respeito aos direitos humanos e a proteção da paz, o que pode justificar, inclusive, a adoção de "*medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou qualquer ruptura da paz".* (GARCIA, 2005, p. 21-22, grifos do autor).

A partir desse momento, a proteção dos direitos humanos deixou de ser de responsabilidade individual de cada Estado, merecendo a preocupação e resguardo internacional, uma vez que passou a ser reconhecido que todos os seres humanos são iguais, independentemente de raça, religião, nacionalidade ou qualquer outra característica.

4.2.1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, possivelmente, é o documento de maior importância produzido no século XX e, com absoluta certeza, e o principal marco histórico na proteção internacional dos direitos humanos.

Penteado Filho (2012) e Schafranski (2003) afirmam que, submetido à votação dos cinquenta e oito Estados-membros das Nações Unidas, o texto obteve aprovação unânime de quarenta e oito Estados, sendo que oito países se

abstiveram de votar e dois países estavam ausentes da votação. Diante desta votação unânime, leciona Piovesan (2008, p. 136):

> [...]. A inexistência de qualquer questionamento ou reserva feita pelos Estados aos princípios da Declaração, bem como de qualquer voto contrário às suas disposições, confere à Declaração Universal o significado de um código e plataforma comum de ação. A Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos.

Portanto, a Declaração tem como escopo reger todas as relações, no âmbito universal, com respeito aos direitos básicos dos seres humanos, dentre eles o respeito à dignidade humana.

Conforme ensina Tobeñas (apud SCHAFRANSKI, 2003, p. 41):

> Foi esta Declaração um protesto e uma reação contra o desconhecimento e desprezo de tais direitos que haviam acompanhado, com tantas manifestações de barbárie, as duas guerras mundiais. Proclamam-se, uma vez mais, os direitos tantas vezes invocados, porém, agora, são formulados com as características novas e com a intenção de comprometer solenemente os Estados-membros do magno organismo internacional visando ao respeito efetivo dos direitos fundamentais, bastante especificados, da pessoa humana.

Diante de todo esse impacto na sociedade internacional, tem-se que a Declaração marca o início de uma nova fase histórica na proteção dos direitos humanos:

> A Declaração Universal, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU, constituem marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento. (COMPARATO, 2005, p. 55-56).

Para Piovesan (2008), a Declaração não contempla só a universalização dos direitos humanos, mas estabelece, também, que os direitos civis, políticos, econômicos e sociais são indivisíveis e independentes.

Garcia (2005, p. 25), corrobora com esse entendimento, afirmando:

> A partir desse alicerce fundamental, a Declaração reconhece a existência de direitos que impõem uma obrigação negativa ou um dever de abstenção por parte do Estado, categoria que normalmente se reconduz aos direitos civis e políticos (*v.g.:* o direito de não ser submetido à tortura nem a penas

> ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes – art. 5º), e de direitos que geram uma obrigação positiva ou um dever de ação, categoria que aglutina a maior parte dos direitos econômicos, sociais e culturais (*v.g.*: a ajuda e a assistência especiais na maternidade e na infância – art. 25, 2).

Posteriormente, em 1954, foram concluídos pela Comissão de Direitos Humanos da ONU dois novos pactos: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foram aprovados em 1966, entrando em vigor somente no ano de 1976, reforçando ainda mais a proteção internacional dos direitos humanos. Desta forma, Trindade (apud SCHAFRANSKI, 2003, p. 42) entende que a Carta Internacional de Direitos Humanos se concretizou, abrindo-se as portas para a formação de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

Interessante também saber qual a natureza jurídica da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Flávia Piovesan (2008), Sílvia Schafranski (2003) e Nestor Sampaio Filho (2012) são unânimes ao entender que a declaração tem valor jurídico de resolução da ONU, não possuindo, portanto, natureza jurídica de tratado internacional. Ademais, compreende-se da leitura do sétimo parágrafo do preâmbulo da Declaração[8], que o objetivo desta é promover o respeito aos direitos e liberdades fundamentais do homem.

Por outro lado, Piovesan (2008) atribui à Declaração força jurídica vinculante, ao passo que apesar de ser uma resolução, visa à proteção dos direitos humanos básicos, o que por si só torna obrigatório o respeito ao seu conteúdo pelos Estados membros da ONU. Ademais, diante de sua extrema importância e influência internacionalmente reconhecidas, passou a integrar o direito costumeiro internacional, que, como se sabe, é uma das fontes do DI.

4.3 DIREITO DE ASILO E DIREITOS DOS REFUGIADOS

Ao se falar em proteção internacional dos direitos humanos, mister abordar os temas: direito de asilo e direito dos refugiados.

---

[8] Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades; (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

De acordo com Silva, G. e Accioly (2002), o direito de asilo tem suas origens mais remotas na antiguidade, consolidando-se no período das guerras religiosas e da Revolução Francesa.

Há de se evitar confundir o asilo territorial com o diplomático:

> O asilo territorial, que não deve ser confundido com o diplomático, pode ser definido como a proteção dada por um Estado, em seu território, a uma pessoa cuja vida ou liberdade se acha ameaçada pelas autoridades de seu país por estar sendo acusada de haver violado a sua lei penal, ou, o que é mais freqüente, tê-lo deixado para se livrar de perseguição política. (SILVA, G.; ACCIOLY, 2002, p. 376).

Já o asilo diplomático, para Barreto (apud Cunha, 2013):

> O asilo diplomático é instituto característico da América Latina. Outros países praticam o asilo diplomático esporadicamente, não o reconhecendo, todavia, como instituto de direito internacional. Já na América Latina, o asilo diplomático sempre foi amplamente praticado, provavelmente por causa da constante instabilidade política na região, com sucessivas revoluções, havendo, assim, a necessidade de se conceder proteção aos chamados criminosos políticos.

Piovesan (2001, p. 30), ao tratar do tema, afirma que:

> A perseguição a uma pessoa caracteriza grave violação aos direitos humanos. Vale dizer, cada solicitação de asilo é resultado de um forte padrão de violência a direitos universalmente garantidos. Quando pessoas têm que abandonar seus lares para escapar de uma perseguição, toda uma série de direitos humanos são violados, inclusive o direito à vida, liberdade e segurança pessoal, o direito de não ser submetido à tortura, o direito à privacidade e à vida familiar; o direito à liberdade de movimento e residência e o direito de não ser submetido a exílio arbitrário. [...]. É assim necessário que as pessoas que sofram esta grave violação a direitos humanos possam ser acolhidas em um lugar seguro, recebendo proteção efetiva contra a devolução forçosa ao país em que a perseguição ocorre e tenham respeitado um nível mínimo de humanidade.

Doutra banda, refugiado pode ser conceituado como toda pessoa que corre fundado risco de ser alvo de perseguição por motivos como: “raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas, não podendo ou não querendo por isso valer-se da proteção de seu país de origem”. (PIOVESAN, 2001, p. 33).

Assim, tem-se que a distinção entre asilo e refúgio reside na exata medida que o asilo visa à proteção da vida ou liberdade de uma pessoa acusada de algum crime, ou vítima de perseguição política, portanto, um motivo político ou

criminal. Já o refúgio se caracteriza por perseguição de fato, ou na iminência de ocorrer, à pessoa em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, ou seja, violação de direitos civis e políticos.

Diferenciam-se, ainda, os dois institutos:

> Uma outra distinção teórica entre asilo e refúgio envolve as situações que justificam a concessão de um ou outro. **O refúgio pode ser concedido em razão de efetiva perseguição ou do temor fundado de que ela ocorra**, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. **As normas sobre asilo, por sua vez, fazem referência a efetiva perseguição – não bastando o temor –**, sendo igualmente mais restritivas quanto às suas causas, que só podem ser crenças, opiniões e filiação ou delitos de natureza política. Como se percebe, a proteção conferida pelo status de refugiado é mais abrangente do que o do asilado. Ademais, o asilo envolve somente o Estado concedente, ao passo que o refúgio diz respeito também ao ACNUR [Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados]. (TIBURCIO, 2013, grifo nosso).

Há saber que somente aquele ilegitimamente acusado por crime pode invocar o direito de asilo, conforme prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos e lecionam Silva, G. e Accioly:

> Seja como for, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, reza em seu artigo XIV que “Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países”. O parágrafo 2 do artigo acrescenta que o direito de asilo “não pode ser invocado em caso de perseguição motivada legitimamente por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas”. A rigor, o artigo, principalmente o parágrafo 1, pouco diz: reconhece o direito do indivíduo de procurar asilo, mas não a obrigação dos Estados de concedê-lo. (SILVA, G.; ACCIOLY, 2002, p. 377).

Como se pode notar, existe uma distinção técnica entre os institutos do asilo e do refúgio, todavia, em muito os dois se assemelham, por conseguinte, em inúmeras oportunidades são tratados como sinônimos.

A proteção dos refugiados é garantida desde 1951, pelo Estatuto do Refugiado, conforme o magistério de Tiburcio (2013). Já o asilo, de acordo com Cardoso (2013), é previsto em diversos tratados internacionais como, por exemplo, a Convenção sobre Asilo Diplomático e a Convenção sobre Asilo Territorial, de que são signatários alguns países-membros da OEA. Contudo, o instrumento maior de proteção dos asilados é a Declaração sobre Asilo Territorial da ONU de 1967.

4.4 AS DIFERENTES TEORIAS SOBRE O *STATUS* DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Abordou-se no início deste estudo o direito dos tratados, que podem versar sobre as mais variadas matérias, inclusive estabelecendo regras de proteção dos direitos humanos. De igual forma, já se abordou acerca dos conflitos entre a ordem jurídica interna dos Estados e a ordem jurídica internacional.

Mister agora, conhecer os possíveis *status* de ingresso dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna do Estados.

Souza (2013) discorre em seu ensaio sobre as teorias que defendem os *status:* supraconstitucional, constitucional e infraconstitucional dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos.

Visando maior facilidade na compreensão de cada teoria, passa-se a abordar cada uma delas em seção apartada.

4.4.1 O *status* supraconstitucional

De acordo com a teoria da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, estes teriam um nível hierárquico superior à Constituição do Estado. O principal expoente deste posicionamento na doutrina brasileira é Celso D. de Albuquerque Mello, que leciona:

> Inicialmente queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. Ao se falar da soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania relativa e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de Direito Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado. (MELLO, apud, EMERIQUE; GUERRA, 2013, p. 3).

Explicando a teoria, Emerique e Guerra (2013) afirmam que nem mesmo uma emenda constitucional ilidiria a aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Tecendo críticas ao presente posicionamento, Souza (2013) assevera que este patamar “esbarra em delicada questão, qual seja, a ameaça à força da Constituição Federal em face das normas de direito internacional.”

Souza (2013, p. 3) prossegue com severas críticas à teoria da supraconstitucionalidade:

> Assim, tendo em vista que o mecanismo de controle de constitucionalidade impede que normatizações não derivadas do Poder Constituinte alterem a estruturado Estado e as garantias fundamentais do cidadão, sua supressão em relação a normas oriundas de tratados internacionais representa ameaça não só à rigidez constitucional – que se ancora no postulado do escalonamento normativo, do qual deriva a supremacia da Constituição –, como ao próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, conforme apresentado, de um lado está a corrente que defende que a existência de um Estado depende de toda uma sociedade internacional, portanto, algumas normas internacionais, particularmente as de proteção de direitos humanos, "ultrapassam" a supremacia constitucional. Noutra esteira está o bloco defensor de que todas as normas que ingressam na ordem jurídica interna devem ser harmônicas com o texto constitucional, que é a lei suprema no âmbito interno do Estado.

4.4.2 O *status* constitucional

Existem também aqueles que lecionam estarem os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e as Constituições dos Estados em um nível de igualdade, pois, de acordo com Trindade, ambos visam alcançar um objetivo comum, a proteção do homem, como se depreende:

> Da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação depende em grande parte o futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Na verdade, como se pode depreender de um exame cuidadoso da matéria, no presente domínio de proteção o direito internacional e o direito interno conformam um todo harmônico: apontam na mesma direção, desvendando o propósito comum de proteção da pessoa humana. As normas jurídicas, de origem tanto internacional como interna, vêm socorrer os seres humanos que têm seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção. O direito internacional e o direito interno aqui se mostram, desse modo, em constante interação, em benefício dos seres humanos protegidos. (TRINDADE, apud EMERIQUE; GUERRA, 2013, p. 6-7).

De acordo com Souza (2013) e Emerique; Guerra (2013), na doutrina pátria coadunam com o supramencionado entendimento de Cançado Trindade, estudiosos como Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli de Oliveira, Celso Lafer,

inclusive, já tendo os Tribunais Superiores brasileiros atribuído o *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo que a relação entre estes tratados e a ordem jurídica interna brasileira será abordada no último capítulo do presente estudo.

4.4.3 O *status* infraconstitucional

Existem duas teorias defensoras da infraconstitucionalidade dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. A primeira sustenta que estes possuem valor supralegal, já a segunda, apregoa que referidos acordos se encontram em patamar de igualdade às demais leis infraconstitucionais.

A corrente defensora do *status* supralegal garante que aos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Estado é signatário, deve ser atribuído patamar hierárquico inferior à Constituição, contudo superior às demais leis infraconstitucionais. A propósito, Souza (2013, p. 9) aduz que os tratados internacionais de direitos humanos ingressantes na ordem jurídica interna não possuem o mesmo valor da norma constitucional, tendo em vista a supremacia desta, mas, deve aos acordos que versem sobre a matéria ser atribuído grau hierárquico superior às demais normas infraconstitucionais, porquanto tratam de um interesse maior da sociedade.

Souza (2013) prossegue sua exposição afirmando que a teoria que atribui *status* legal aos tratados internacionais de direitos humanos é arcaica, não merecendo mais ser aplicada. E explica a autora:

> Aceitar tal enquadramento, aliás, inscrevendo as normas acerca de direitos humanos no mesmo patamar daquelas que versam sobre matérias sem qualquer relevância, implicaria admitir que eventual regra constante de lei ordinária posterior pudesse revogar disposição de natureza fundamental prevista em tratado. (SOUZA, 2013, p. 9).

Depreende-se, portanto, que ao atribuir o patamar legal aos referidos acordos, assim que se promulgue uma lei que venha a contrariar o conteúdo do tratado, este seria revogado, com base na regra *lex posterior derrogat priori.* Para Souza (2013), somente pode ser atribuído o *status* legal aos tratados internacionais que versam sobre outros assuntos, que não a proteção de direitos humanos, como, por exemplo, aqueles que estabelecem normas mercantis, econômicas, etc.

Gomes e Mazzuoli (2013) vão além, ao defenderem que mesmo aos tratados que não estabeleçam normas de proteção dos direitos humanos deve ser atribuído o patamar **supralegal**, porquanto, à luz da doutrina internacionalista deve ser o patamar hierárquico mínimo a ser atribuído a um acordo internacional.

4.4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NAS AMÉRICAS

Já se explanou acerca dos direitos humanos no plano global, porém, curial saber como se dá sua proteção no continente americano.

Schafranski (2003) leciona que existem quatro grandes sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam: europeu, americano, africano e árabe. Assevera ainda, que apesar de os sistemas global e regional possuírem normas distintas, eles não são divergentes, pois se complementam. Para Piovesan (2000), esses sistemas buscam a internacionalização da proteção aos direitos humanos em determinada região.

Schafranski (2003) aduz que o sistema interamericano surgiu no ano de 1826, no Congresso do Panamá, ocasião em que foi assinado um tratado internacional com escopo de promover a integração da comunidade americana, o que, no ano de 1948, passou a se chamar Organização dos Estados Americanos. Ainda nesse ano, foi aprovado o projeto da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, importante marco na proteção dos direitos humanos no continente.

Posteriormente, em 1969, foi aprovado o principal instrumento de proteção dos direitos humanos no sistema americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, que de acordo com Piovesan (2000, p. 22): “estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.” Colhe-se do magistério de Penteado Filho (2012, p. 201) que: “só entrou em vigor em 1978 após a décima primeira ratificação (Peru). O Brasil somente o ratificou em 1992. A Convenção apenas pode ser ratificada por Estados americanos, integrantes da OEA.” E prossegue o autor:

> A convenção Americana de Direitos Humanos assegura um catálogo de direitos civis e políticos de forma semelhante ao que fez o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de que são exemplos: o direito à vida, à liberdade, à personalidade jurídica, a um julgamento justo, à privacidade, à integridade pessoal, à nacionalidade, à liberdade religiosa e

> de consciência; de resposta; de participar do governo; à proteção judicial, à proibição da escravidão etc. (PENTEADO FILHO, 2012, p. 201).

Piovesan (2000) afirma que a Convenção não prevê expressamente nenhum direito social, cultural ou econômico, determinando, tão somente, que os Estados pactuantes adotem medidas legislativas ou administrativas para garantir esses direitos, conforme expressamente previsto no art. 26 do aludido Pacto[9].

Objetivando garantir a proteção dos direitos humanos no âmbito continental, a Convenção previu a implantação da Comissão Interamericana e Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. (PENTEADO FILHO, 2012).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, situada em Washington/EUA, é integrada por sete comissários, provenientes dos Estados-membros da OEA, de moral ilibada e reconhecido saber jurídico na área dos direitos humanos, eleitos para mandatos de 4 anos, cabendo uma reeleição (PENTEADO FILHO, 2012). Conforme o magistério de Piovesan (2009, p. 247), são funções da Comissão:

> Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão fazer recomendações aos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; solicitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; e submeter um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Como exemplo da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, colhe-se das lições do ex-Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, atualmente Juiz da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade:

---

[9] ARTIGO 26
Desenvolvimento Progressivo
OsEstados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (COSTA RICA, 1969)

> Em relatórios anuais mais recentes, a Comissão relacionou a proteção dos direitos humanos com a própria organização política (interna) do Estado e o exercício efetivo da democracia, e em várias ocasiões instou os Estados-membros da OEA a incorporar aos textos de suas Constituições certos direitos e a harmonizar suas legislações respectivas com os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos. Em decorrência das recomendações gerais formuladas em seus relatórios ou dirigidas a determinados Governos, logrou a Comissão que se modificassem ou derrogassem leis violatórias dos direitos humanos, e que se estabelecessem ou aperfeiçoassem recursos e procedimentos de direito interno para a plena vigência dos direitos humanos. (TRINDADE, 2013a).

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional vinculado à OEA, possuindo, desta forma, de acordo com Piovesan (2009) e Penteado Filho (2012), competência consultiva e contenciosa. Doutra banda, Schafranski (2003, p. 100) defende que a Corte não se constitui em órgão da OEA, mas sim da Convenção Americana.

Está sediada na cidade de San José, na Costa Rica, compondo-se por 7 juízes, de moral ilibada e reconhecido saber jurídico na área dos direitos humanos, advindos dos Estados-membros da OEA, eleitos para mandato de seis anos, podendo serem reeleitos, por uma vez, para novo mandato. (PENTEADO FILHO, 2012, p. 203).

Piovesan (2000) aduz que qualquer Estado membro da OEA, mesmo não sendo signatário da Convenção Americana, pode solicitar à Corte parecer referente à interpretação de quaisquer tratados referentes à proteção dos direitos humanos no continente americano. Contudo, no plano contencioso, a Corte Interamericana somente possui competência sobre os Estados signatários da Convenção que expressamente reconheçam sua autoridade. Quanto à força vinculante dessas decisões:

> A decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado. (PIOVESAN, 2000, p. 45).

Assim, verifica-se que após a criação de Tribunais internacionais com competência contenciosa, a proteção dos direitos humanos muito evoluiu, mas ainda está longe de alcançar um patamar ideal, conforme expõe Trindade:

> É inegável que, no presente domínio de proteção, muito se tem avançado nos últimos anos, sobretudo na "jurisdicionalização" dos direitos humanos, para a qual têm contribuído de modo especial os sistemas regionais, europeu e interamericano de proteção, dotados que são de tribunais permanentes de direitos humanos, – as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente. No entanto, ainda resta um longo caminho a percorrer. Há que promover a chamada "ratificação universal" dos tratados de direitos humanos – propugnada pelas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993), – contribuindo assim a que se assegure que a universalidade dos direitos humanos venha a prevalecer nos planos não só conceitual, mas também operacional (a não-seletividade). (TRINDADE, 2013b).

Em arremate, prestes a adentrar no capítulo final do presente estudo, em que se trata das questões atinentes aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e os métodos de efetivação do controle jurisdicional de convencionalidade na ordem jurídica brasileira, oportuno falar que o Brasil, conforme Trindade (2013c), expressamente aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 10 de dezembro de 1998, sendo que é parte da Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1992.

5 OS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

Diante das considerações tecidas nos capítulos iniciais deste estudo, encontra-se o leitor apto à compreensão do fenômeno de integração dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, a entender os métodos de efetivação do controle jurisdicional de convencionalidade.

Assim como na maioria dos países, o Brasil vem a cada dia participando de mais atos internacionais, Mazzuoli, inclusive, apresenta números que retratam esse crescimento:

> [...] Segundo informações do Ministério das Relações Exteriores, a título exemplificativo, durante o Império, o Brasil concluiu 183 atos internacionais; na Primeira República, 200 atos; nos quatro anos da primeira administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso foram celebrados 392 atos bilaterais e 143 multilaterais. (MAZZUOLI, 2004, p. 268).

Mesmo diante dessa crescente importância dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, o legislador constituinte pecou gravemente ao tratar sobre o tema na Magna Carta de 1988, isso porque, além de escassos, os dispositivos legais que dispõem sobre a matéria apresentam algumas antinomias. Nesse sentido:

> Dissolvida a Assembleia Constituinte, não tardaram as críticas à redação dos dispositivos da Constituição de 1988 atinentes à recepção de tratados internacionais. Mello afirma que “não foi das mais felizes”. Dallari diz que “não detém os atributos de clareza, precisão, harmonia e exaustão”. Medeiros sumaria a reação dos juristas como de “decepção”. (GABSCH, 2010, p. 35-36).

E ainda:

> A competência para celebrar tratados foi intensamente discutida na Assembléia Constituinte de 1987 a 1988. Por um imperdoável lapso do legislador, no encerramento dos trabalhos, a Comissão de Redação não foi fiel à vontade do Plenário e provocou o surgimento de dois dispositivos aparentemente antinômicos: os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição. (MAZZUOLI, 2004, p. 269).

A Constituição Federal assim dispõe sobre a competência na celebração de tratados:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
> [...]
> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> [...]
> VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (BRASIL, 1988).

Assim, existem dúvidas quanto à necessidade de apreciação do Poder Legislativo de todos os tratados internacionais que o Brasil venha a ser parte. Buscando explicar a necessidade de apreciação do Poder Legislativo no processo de incorporação dos tratados ao ordenamento interno brasileiro, afirma Silva, R. (2002, p. 82-84):

> Há três *vertentes* principais a respeito do fato de se saber se deveriam ou não os tratados internacionais ser submetidos à apreciação do Congresso Nacional:
>
> - *Ferreira Filho:* todos os atos internacionais deveriam ser submetidos à apreciação do Congresso Nacional, com base no artigo 84, VIII, da Constituição Federal. Mesmo as aplicações financeiras que façam a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no mercado internacional pressupõem tal autorização. No mesmo sentido, afirma *Pinto Ferreira* que quaisquer tratados e convenções internacionais celebrados pelo Chefe do Executivo têm de ser submetidos ao Congresso Nacional [...]
> - *Mello e Rezek:* há atos internacionais que possuem validade independentemente de apreciação pelo Congresso, como o caso do *Modus Vivendi*, de acordo de interpretação, *um pactum* de *contrahendo.* Para eles, apenas os tratados internacionais que impliquem ônus para o patrimônio nacional devem ser submetidos ao Congresso. Tal posição encontra consonância com os ensinamentos de *Accioly*, segundo o qual algumas matérias poderiam ser diretamente tratadas pelo Chefe do Executivo, sem interferência de qualquer outro Poder, [...]
> - *Marotta Rangel:* deverão ser submetidos à apreciação do Congresso os acordos que impliquem ônus para o patrimônio nacional e também os que impliquem modificações de normas do ordenamento jurídico interno. Tal também é o entendimento de *Cretella Júnior* ao assegurar que, desde que o ato internacional editado possa acarretar ou acarrete encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional, o Congresso Nacional, exclusivamente, terá competência para analisá-lo. (grifos do autor).

Mazzuoli ensina:

> [...]. A *antinomia* entre os arts. 49, I e 84, VIII da Carta de 1988, é apenas aparente. O art. 84, VIII, como já se disse, impõe que *todos* os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Chefe do Executivo, devem ser submetidos ao referendo do Congresso Nacional. E, com base neste dispositivo – segundo Cachapuz de Medeiros -, deve-se interpretar o art. 49, I da Constituição extensivamente, tendo em vista ter o legislador

> constituinte dito menos do que pretendia: *Lex minus dixit quam voluit.* Segundo este entendimento, o desejo da Assembléia Constituinte, evidentemente foi o de submeter *todos* os tratados, acordos ou atos internacionais ao referendo do Poder Legislativo [...]. (MAZZUOLI, 2004, p. 309, grifos do autor).

Percebe-se, portanto, que o tema se reveste de grande complexidade, havendo entendimentos doutrinários que apontam pela necessidade de se submeter todos os tratados internacionais à análise legislativa. Outros estudiosos defendem ser dispensável a intervenção legislativa em acordos que não afetem o patrimônio nacional.

5.1 O PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante do fato de a Constituição Federal muito pouco tratar sobre o tema, apenas prevendo as regras de competência mencionadas no tópico anterior, utiliza-se do procedimento geral de formação e incorporação de tratados internacionais solenes ao ordenamento jurídico pátrio.

Assim, com sustentáculo em Silva, R. (2002), o processo se inicia com as negociações, seguidas das etapas de assinatura, ratificação, promulgação e publicação. Já no caso de celebração por adesão, ensina o autor que o processo é deflagrado pela autorização parlamentar, seguida da assinatura e da publicação.

Diante do que leciona Silva, R. (2002), pode o Presidente da República, que, conforme o art. 84, VIII, da CRFB/88, possui a competência privativa para celebrar tratados, nomear, através de uma "Carta de Plenos Poderes", um plenipotenciário para representar o país nos atos de negociação e assinatura, que posteriormente deverão ser referendados pelo Ministro das Relações Exteriores. Após, o projeto de tratado é enviado ao Chefe do Executivo que, concordando com seu conteúdo, remeterá para apreciação do Poder Legislativo.

O referendo legislativo se dá por maioria simples de votos em cada uma das casas do Congresso Nacional, conforme a regra insculpida no art. 47 da CRFB[10].

---

[10]**Art. 47.** Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros. (BRASIL, 1988).

Quanto à possibilidade de apresentação de emendas legislativas ao projeto:

> Parece indubitável que um tratado só deve ser ratificado tal qual foi assinado. Ou ele é aprovado integralmente, ou é rejeitado. De fato, toda modificação no seu texto importa em alteração do que foi ajustado pelas partes contratantes: o resultado da modificação já não é o mesmo tratado. Ora, o tratado é um acordo de vontades, é um contrato; não é possível, pois, que uma só das partes ou cada parte altere à vontade as estipulações adotadas por combinação, entre todas, nem que tais alterações possam obrigar à outra ou às outras partes. (...) Deve concluir-se, pois, que a ratificação só poderá ser integral; isto é, deve implicar a aceitação integral do texto assinado pelos plenipotenciários. Não invalida essa conclusão o fato de algumas constituições, como é o caso, por exemplo, da dos Estados Unidos da América, admitirem que os respectivos congressos ou parlamentos modifiquem os tratados a estes submetidos. As ratificações feitas com as modificações dessa natureza devem dar lugar a novas negociações, para que a outra ou as outras partes contratantes as aceitem, isto é, aceitem o novo texto. As outras partes não têm, evidentemente, obrigação de admitir tais modificações e isto pode determinar o abandono do tratado". (ACCIOLY, apud MAZZUOLI, 2004, p. 315).

Evidentemente que o Congresso Nacional está impedido tão somente de submeter o texto do tratado a emendas, contudo, estas são totalmente possíveis no que tange ao projeto de Decreto Legislativo de aprovação do conteúdo acordado.

A primeira análise legislativa será feita pela Câmara dos Deputados, que elaborará um projeto de Decreto Legislativo. Depois de aprovado por maioria simples em votação plenária, o projeto de Decreto, acompanhado do conteúdo negociado, será encaminhado ao Senado Federal. (MAZZUOLI, 2004).

Ainda de acordo com Mazzuoli (2004), o Senado poderá aprovar o projeto de Decreto, sendo diretamente remetido ao Chefe do Executivo para ratificação, ou emendá-lo. Nesse caso haverá nova análise pela Câmara dos Deputados.

Após aprovado, conforme leciona Silva, R. (2002), o Decreto Legislativo poderá ou não ser ratificado pelo Presidente da República. No caso positivo, será publicado primeiro no Diário Oficial da União e, em seguida, se submeterá a uma segunda publicação, desta vez no Diário do Congresso Nacional.

5.1.1 A posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo Brasil

Antes de se tratar das inovações geradas pelo acréscimo do §3º ao art. 5º da CRFB/88, faz-se uma contextualização histórica da relação entre os tratados

internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Já em seu texto originário o § 2º, do art. 5º, da CRFB/88 contava com a seguinte redação:

> Art. 5. [...]
> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

Como se percebe da leitura do supracitado dispositivo legal, o legislador constituinte apenas deixou clara sua intenção de regulamentar o ingresso dos acordos internacionais ao ordenamento jurídico interno. Todavia, em nenhum outro momento o texto da Magna Carta especificou detalhadamente como se daria a relação entre as normas internas e internacionais.

Desta forma, conforme assevera Souza (2013), surgiram posições doutrinárias estabelecendo variados níveis hierárquicos aos tratados internacionais, sejam eles referentes à proteção dos direitos humanos ou até mesmo sobre outros assuntos. Os *status* creditados aos acordos internacionais são: supraconstitucional (tendo como principal defensor Celso Duvivier Albuquerque de Mello); o constitucional (defendido por Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, dentre outros), e; o infraconstitucional, que se subdivide em supralegal e legal (a exemplo do que se viu em alguns julgados dos Tribunais pátrios).

Com o fito de evitar a fadiga do leitor, deixa-se de abordar novamente os aspectos acerca dos supramencionados patamares de ingresso dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, porquanto já se tratou do tema na seção 4.4 do presente estudo.

Interessante saber que até o ano de 1977 a Suprema Corte pátria atribuía o patamar supralegal aos tratados internacionais conflitantes com a legislação infraconstitucional, conforme propala Koehler:

> Antes de 1977, o STF posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Com efeito, Philadelpho Azevedo, então Ministro da Excelsa Corte, publicou, em 1945, comentário em que demonstrava a convicção unânime da Suprema Corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional. Tal situação, contudo, não prevaleceu após o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977. (KOEHLER, 2013).

Após o julgamento do RE 80.004-SE predominou maciçamente o entendimento de que todos os tratados internacionais possuíam *status* de lei ordinária, panorama que não mudou com a promulgação da CRFB/88. Para exemplificar tal situação, interessante citar trecho do acórdão proferido pelo STF na Ação Direta De Inconstitucionalidade n. 1347-5/DF, datado de 1995, sendo relator o Ministro Celso de Mello:

> Revelar-se-á processualmente inviável a utilização da ação direta, quando a situação de inconstitucionalidade - que sempre deve transparecer imediatamente do conteúdo material do ato normativo impugnado - depender, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional, como os atos internacionais - inclusive aqueles celebrados no âmbito da organização Internacional do Trabalho (0.1 .T) - que já se acham incorporados ao direito positivo interno do Brasil, pois os Tratados concluídos pelo Estado Federal possuem, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais. (BRASIL, 1995, grifos do autor).

Coaduna com tal posicionamento o voto proferido pelo Ministro Ilmar Galvão no julgamento do Recurso Extraordinário n. 206083-1/SP, entendendo o STF, naquela oportunidade, como legal a prisão do depositário infiel, ao atribuir valor hierárquico de lei federal ao Pacto de San José da Costa Rica, desta forma, por haver previsão constitucional legitimando a medida de coerção. (BRASIL, 1996).

Nesse período em que os acordos internacionais e a legislação ordinária possuíam *status* paritário, eventual conflito de normas era resolvido com base na regra *lex posterior derrogat priori*, ou seja, aplicava-se o "dispositivo conflitante" mais recente, conforme assevera Koehler (2013):

> A partir de então, passou a predominar na Suprema Corte a paridade entre lei interna e tratado internacional, com a utilização do critério cronológico – i.e., da regra lex posterior derogat priori– para a resolução dos conflitos entre leis internas e tratados internacionais.

Essa situação perdurou por muitos anos, consoante o esposado por Koehler (2013): "Portanto, para o STF, após 1977 e antes da EC nº 45, a posição é de que todos os tratados (de direitos humanos ou não) seriam recebidos como lei ordinária, posição seguida pelo STJ."

Contudo, colhe-se dentre os julgados do STF ao menos uma exceção ao entendimento, por tantos anos, predominante na Corte. No ano de 2000, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 79785 – RJ,quando o Ministro Sepúlveda Pertence expressou entendimento no sentido de conferir aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* supralegal, conforme se vê:

> Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º,§ 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.
> Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim — aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (**e.q., Memorial** cit., *ibidem,* p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan **(A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratado** [*sic*] **Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos,** em E. Boucault e N. Araújo (órgão), **Os Direitos Humanos e o Direito Internos** [*sic*]**)** — a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas — até, se necessário, contra a lei ordinária — sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes. (BRASIL, 2000, p. 19, grifos do autor).

Percebe-se, assim, que diante do crescente número de doutrinadores que, à época, passaram a defender o *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, resultou uma mudança no entendimento não só do STF, mas também de outros órgãos jurisdicionais do país.

Nesta toada, colhe-se importante julgado, datado do ano de 2001, em que a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sob a relatoria da Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, expressou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos devem ser equiparados à Constituição Federal, consoante se percebe:

> Não poderia deixar de mencionar que os princípios acima elencados estão presentes em diversos Tratados internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é parte, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU – 1966), a Convenção Americana de Direitos Humanos (San Jose, 1969),ambos em vigor entre nós, desde 1992. **Estes e muitos outros textos internacionais estão, nos termos da própria Constituição, à mesma equiparados, na melhor interpretação dada ao §2º do seu art. 5º.**(BRASIL, 2001).

Após esta breve contextualização histórica, adentra-se às inovações perpetradas pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

5.1.1.1 As inovações geradas pelo acréscimo do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal

Visando pôr fim a todas as divergências jurisprudenciais e doutrinárias apresentadas na seção anterior, foi acrescentado o §3º, ao art. 5º, da CRFB/88, conforme afirma Mazzuoli (2011a, p. 33):

> Em virtude das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais existentes até então no Brasil, e com intuito de pôr fim às discussões relativas à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio, acrescentou-se um parágrafo subsequente ao § 2.º do art. 5.º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, com a seguinte redação: "(...) **§ 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.**

Assim, expressou o legislador constituinte, de forma hialina, sua vontade de parificar os tratados internacionais de direitos humanos à Constituição. Percebe-se, também, a necessidade de atribuir tratamento diferenciado aos acordos internacionais sobre direitos humanos e sobre outras matérias, como os mercantis e econômicos, conforme propala Antônio Augusto Cançado Trindade (apud SOUZA, 2013, p.9):

> **Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros.** À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas nos planos, tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. (grifo nosso).

Há falar que para ser equiparado à Constituição Federal, o tratado sobre direitos humanos tem que ser aprovado em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por, no mínimo, 3/5 (três quintos) dos votos de seus

membros. Portanto, tem-se um processo legislativo idêntico ao previsto no art. 60, § 2º, da CRFB/88[11] para aprovação das emendas constitucionais.

Apesar de asseverar que a inserção do § 3º, ao art. 5º, da CRFB/88 teve como objetivo dirimir todas as controvérsias existentes acerca da relação entre os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação interna, Mazzuoli (2011a) aduz que o desiderato do legislador não foi alcançado, pois referido dispositivo constitucional é incongruente.

Mazzuoli (2011a) propala que desde sempre (ou melhor, desde o advento da CRFB/88) o § 2º, do art. 5º, da Carta Magna tem como "interpretação autêntica" a que confere hierarquia constitucional a **todos os tratados internacionais de direitos humanos.** Portanto, ao estabelecer a necessidade de obediência do *quorum* qualificado, idêntico ao estabelecido para aprovação de emenda constitucional, para que seja atribuído o *status* constitucional a estes tratados, não foram dirimidas todas as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, podendo persistir opiniões divergentes quanto ao patamar daqueles tratados que não contarem com a aprovação nos moldes estabelecidos.

O magistério de Alexandre de Moraes sobre o tema só vem a coadunar com a incongruência defendida por Mazzuoli:

> [...] a Emenda Constitucional nº 45 concede ao Congresso, somente na hipótese de tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, a possibilidade de incorporação com status ordinário (com base no art. 49, inciso I, da CF) ou com status constitucional (com espeque no §3º do art. 5º da CF/88), caso se adote, respectivamente, o quórum normal ou o quórum de emenda constitucional. (MORAES, apud KOEHLER, 2013).

Depreende-se, por conseguinte, que após o advento da Emenda Constitucional n. 45, não restam dúvidas quanto à hierarquia constitucional a ser atribuída aos tratados internacionais aprovados por maioria qualificada em ambas as Casas do Congresso Nacional. Por outro lado, aos tratados em que não for observado o processo legislativo de emenda constitucional, ainda restam discussões: havendo quem defenda seu *status* constitucional, supralegal, ou legal.

---

[11]Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...]
§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. (BRASIL, 1988).

Da leitura do § 3º, do 5º, da CRFB/88 pode surgir outra dúvida: Em qual momento deverá, no processo de celebração do tratado, haver a aprovação pelo Congresso Nacional?

Dirimindo tal questionamento, ensina Mazzuoli:

> Não há que se confundir o *referendo* dos tratados internacionais, de que cuida o art. 49, I, da Constituição, materializado por um Decreto Legislativo (aprovado por maioria simples) promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com a segunda eventual manifestação do Congresso para fins de pretensamente decidir sobre qual *status* hierárquico deve ter certo tratado internacional de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de que cuida o §3.º do art. 5.º da Constituição.
> Frise-se, por oportuno, que tanto no caso da primeira interpretação que estamos a propor, quanto no caso da segunda, o *decreto legislativo* do Congresso Nacional (que *aprova* o tratado internacional e *autoriza* o Presidente da República a ratificá-lo) faz-se *necessário*. (MAZZUOLI, 2011a, p. 42, grifos do autor).

Extrai-se ainda dos ensinamentos de Mazzuoli (2011a) que equivalência e igualdade são coisas distintas, portanto, há saber que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por maioria qualificada são equivalentes (ou equiparados) às emendas constitucionais, e não igual a elas. Desta forma, por exemplo, pode um tratado internacional ser aprovado na vigência intervenção federal, ou nos estados de defesa ou de sítio, o que é vedado às emendas constitucionais, conforme o art. 60, § 1º, da CRFB/88.

Por fim, há de ressaltar que a aprovação do tratado, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso, pode ocorrer, como fundamenta Mazzuoli (2011a), tanto após a ratificação pelo Presidente da República, portanto, com o tratado já em vigor no país (com *status* infraconstitucional), sendo-lhe auferida, assim, a equivalência à emenda constitucional – bem como após assinado o texto do tratado pelo Presidente da República, e no momento em que o Congresso Nacional for prestar seu referendo ao tratado, se respeitado o *quorum* estabelecido no art. 5º, § 3º, da CRFB/88. Esta aprovação supre o referendo previsto no art. 49, I, da CRFB/88, em virtude do critério da especialidade.

Na segunda hipótese apresentada, após a ratificação do tratado pelo Presidente da República, seu texto já entra em vigor equivalendo a uma emenda constitucional.

5.1.1.2 *Status* materialmente constitucional e *status* formalmente constitucional

Alguns autores como Valério Mazzuoli de Oliveira e Antônio Augusto Cançado Trindade, dentre outros, defendem que todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm hierarquia constitucional de acordo com a interpretação do § 2º, do art. 5º, da CRFB/88. Nesse sentido:

> Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2.º do art. 5.º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", pois na medida em que a Constituição *não exclui* os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria *os inclui* no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando seu "bloco de constitucionalidade" e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional como já assentamos anteriormente. (MAZZUOLI, 2011a, p. 50-51, grifos do autor).

Dessa forma, como já abordado na seção anterior, o legislador constituinte não conseguiu expressar de forma clara sua intenção de atribuir o *status* de norma constitucional a todos os acordos internacionais de proteção aos direitos humanos, deixando margens para as mais variadas interpretações do texto da Lei Fundamental brasileira acerca do tema.

Buscando defender sua tese, Mazzuoli (2011a) e (2009) afirma que, após o advento da Emenda Constitucional n. 45, os tratados internacionais de direitos humanos podem ser materialmente ou formalmente constitucionais.

Explica o autor que a partir do momento que o § 3º, do art. 5º, da CRFB/88, **não atribuiu o *status* de norma infraconstitucional aos tratados aprovados por maioria simples,** está incorreta qualquer interpretação doutrinária ou jurisprudencial que lhes atribua valor supralegal ou que os equipare à lei ordinária. Desta forma, por ser o desejo do legislador constituinte que todos os tratados internacionais de direitos humanos integrassem o rol de direitos protegidos pela Carta Cidadã, **todos devem ser considerados com hierarquia materialmente constitucional.** (MAZZUOLI, 2011a).

Será atribuído *status* **formalmente constitucional** aos tratados internacionais de direitos humanos, de acordo com Russowsky (2013, p. 1812): "se aprovados pela maioria de votos estabelecidos no art. 5º, §3º CRFB, adquirindo, nesse caso, *status* de norma formal e materialmente constitucional."

Tem-se claro, portanto, que à luz da teoria defendida por Valério Mazzuoli de Oliveira, todos os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos de que o Brasil seja parte, têm hierarquia materialmente constitucional, sendo que os aprovados de acordo com o procedimento previsto no § 3º, do art. 5º da CRFB, possuem o *status* materialmente e formalmente constitucional.

5.2 O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Mesmo datando a inclusão do § 3º, ao art. 5º, da CRFB/88 do ano de 2004, suas inovações permaneceram quase que "adormecidas" até o ano de 2008, quando, em sua tese de doutorado, o professor Valério de Oliveira Mazzuoli, pela primeira vez no Brasil, tratou do tema controle de convencionalidade.

Nas palavras do autor:

> É bem sabido que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um status materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados "equivalentes às emendas constitucionais". Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. (MAZZUOLI, 2009, p. 236).

Como facilmente se entende da leitura do fragmento textual supracitado, a partir do momento que se atribuiu a hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, surgiu um novo controle de adequação ou compatibilidade das leis infraconstitucionais. Contudo, antes de aprofundar no estudo do controle de convencionalidade, curial conhecer a teoria da dupla compatibilidade vertical material, tema este que será melhor abordado a partir da seção 5.3.2 da presente monografia.

5.3 MÉTODOS DE CONTROLE DE COMPATIBILIDADE DAS LEIS E ATOS INFRALEGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme se explanou no tópico anterior, a partir do momento que se atribui valor de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos

humanos, passa-se a ter, de acordo com Luiz Flávio Gomes (2013b), os seguintes meios de controle da compatibilidade das normas infraconstitucionais:

> h) o jurista do terceiro milênio, em conclusão, não pode deixar de reconhecer e distinguir os seguintes controles: (a) controle de legalidade; (b) controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade); (c) controle concentrado de convencionalidade; (d) controle de constitucionalidade.

Já para Mazzuoli, têm-se, hodiernamente no Brasil, os controles de constitucionalidade; concentrado de convencionalidade; difuso de convencionalidade; de supralegalidade, e; de legalidade.

Para melhor compreensão do tema serão abordados os aspectos relevantes de cada um dos controles, bem como eventuais divergências doutrinárias em seções individualizadas.

5.3.1 Controle de constitucionalidade

Como se sabe, de acordo com a tradicional teoria da supremacia constitucional, a *Lex Mater* está no topo da hierarquia das normas no direito interno do Estado. Não é diferente no ordenamento jurídico brasileiro e desta forma, todas as normas infraconstitucionais devem estar em harmonia com a lei maior do Estado.

Neste diapasão, vale citar José Afonso da Silva:

> O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional. (SILVA, J., 2010, p. 46).

Da leitura do supramencionado fragmento textual conclui-se que existem dois tipos de inconstitucionalidade: por ação e omissão.

A inconstitucionalidade por ação que, de acordo com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2009), se caracteriza pela incompatibilidade de uma previsão legal infraconstitucional com algum dos preceitos constitucionais. Para Silva, J. (2010), nesses casos está caracterizada uma incompatibilidade vertical, pois uma norma de grau hierárquico inferior afronta a disposição de uma norma superior.

Por sua vez, conforme lecionam Mendes (2009) e Silva, J. (2010), na inconstitucionalidade por omissão deixa de ser observado um dever constitucional de legislar. Este dever de legislar pode estar expressamente previsto no texto da Carta Magna ou resultar de seu processo de interpretação. Em complemento, afirma Mendes:

> Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional. É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas de direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. (MENDES, 2009, p. 1076, grifos do autor).

Pode também uma lei ser formalmente ou materialmente inconstitucional. Ao tratar do controle formal, assevera Bonavides (2012, p. 308):

> O controle formal é, por excelência, um controle estritamente *jurídico.* Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como só irá acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado. (grifos do autor).

Bonavides (2012, p. 308-309) aduz que no controle formal, como o próprio nome diz, são analisados apenas os aspectos formais de produção da norma, não se adentrando em seu “conteúdo material”.

Já o controle material visa exatamente à análise da adequação do conteúdo material da norma aos preceitos constitucionalmente estabelecidos. Comentando este instituto, aduz Bonavides (2012, p. 310):

> Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação dos poderes, com aquele juiz julgando *de legibus* e não

> *secundum legem*, como acontece no controle meramente formal. (grifos do autor).

Concernente ao momento em que a norma passa a afrontar os princípios e mandamentos constitucionais surgem as figuras das inconstitucionalidades originária e superveniente.

Conforme Mendes (2009) se configura a inconstitucionalidade originária quando uma norma editada já sob a égide da Constituição tem seu texto incompatível com os preceitos nesta postos, ou seja, já nasce eivada de inconstitucionalidade.

Entretanto, quando uma Constituição superveniente traz princípios e mandamentos contrários a uma norma legal já vigente em momento anterior à promulgação do texto constitucional se tem um problema. Mendes (2009) assevera que nesses casos existem dois posicionamentos doutrinários contrapostos: o primeiro defende que na presente situação está configurada a inconstitucionalidade da lei, pois suas previsões são contrárias à Carta Magna; já a segunda corrente defende que a contrariedade entre uma norma anterior e uma Constituição posterior resulta numa ab-rogação (quando totalmente inconstitucional) ou derrogação (quando apenas alguns dispositivos da lei infraconstitucional violar o conteúdo da *Lex Mater*).

Até o presente momento somente se discorreu acerca da inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais, contudo, normas constitucionais também podem ir de encontro aos preceitos “supremos”, ocorrendo a chamada inconstitucionalidade de normas constitucionais.

Apesar de parecer algo contraditório, a inconstitucionalidade de normas constitucionais é plenamente possível em Estados que adotem Constituições rígidas, ocorrendo quando não for observado o procedimento previsto para reformas constitucionais, ou quando a superveniente emenda vem a violar alguma das cláusulas pétreas, que visam garantir a integridade constitucional, conforme se vê:

> Tais *cláusulas de garantia* traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade. Nesse sentido pronunciou-se o

> Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição.
> Daí falar-se de inconstitucionalidade de normas constitucionais, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas.
> **Na experiência brasileira pós-1988 registraram-se diversos casos de declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional.** (MENDES, 2009, p. 1079-1080, grifo nosso).

Há se conhecer, ainda, os sistemas de controle de constitucionalidade que, em respeito ao magistério de Silva, J. (2010), são três: o controle político, o jurisdicional e o misto.

No controle político a verificação de compatibilidade da lei ao conteúdo constitucional é feita por órgãos de natureza política, como o Poder Legislativo. Sua utilização predominou no continente europeu, no século passado. (SILVA, J., 2010).

O controle jurisdicional, por sua vez, dá a faculdade de analisar a constitucionalidade das leis ou atos do Poder Público ao Poder Judiciário, é o sistema de controle predominante nos dias atuais. (SILVA, J., 2010).

E o controle misto, nas palavras de Silva, J. (2010, p. 49): “realiza-se quando a constituição submete certas categorias ao controle político e outra ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça”.

No Brasil a compatibilidade das leis à Constituição se opera por meio de controle jurisdicional, que segundo Mendes (2009, p. 1056): “o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle.”

Mendes (2009) prossegue seu ensaio asseverando que em alguns Estados, a exemplo do Brasil e de Portugal, surge o modelo misto (não se deve confundir com o modelo misto suíço, onde ocorre uma divisão de competências, em que o exame da constitucionalidade de normas que tratam sobre determinadas matérias compete aos órgãos políticos, enquanto a verificação da adequação de outras compete aos órgãos judiciais), operando-se conjuntamente os controles difuso e concentrado.

No controle concentrado de constitucionalidade (também chamado de austríaco ou europeu) a análise da compatibilidade do dispositivo legal infraconstitucional aos preceitos da *Lex Mater* é entregue a um órgão jurisdicional superior, no caso do Brasil o Supremo Tribunal Federal. Já o controle difuso ou por

via de exceção (ou americano), conforme Mendes (2009, p. 1058): “assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.”

Relacionado ao tema, leciona Silva, J. (2010, p. 52):

> De acordo com o controle por exceção, *qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.* A ação direta de inconstitucionalidade [opera-se por meio de controle concentrado] compreende três modalidades: (1) *a interventiva*, que pode ser *federal* por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, *a,* e 129, IV), ou *estadual* [aqui há uma afronta à Constituição estadual]por proposta do Procurador-Geral da Justiça do Estado (arts. 36, IV, e 129, IV); interventivas, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso; (2) *a genérica:* (a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, *em tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual,* sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, *a,* e 103, incisos e § 3º); (b) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando a declaração, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º), dependendo da previsão nesta; (3)*a supridora de omissão:* (a) do *legislador,* que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; (b) do *administrador,*que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, §2º). (SILVA, J., 2010, p. 52, grifos do autor).

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, divergente é a doutrina, como aduz Silva, J. (2010, p. 52-53):

> Problema debatido é o dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, cujo deslinde depende da solução da grave controvérsia sobre a *natureza do ato inconstitucional*: se é inexistente, nulo ou anulável. Buzaid acha que toda lei, adversa à Constituição, é *absolutamente nula*, não *simplesmente anulável.* Ruy Barbosa, calcado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, também dissera que toda medida legislativa ou executiva, que desrespeite preceitos constitucionais é, de sua essência, nula. Francisco Campos sustenta que um ato ou uma lei inconstitucional é inexistente.
> A nós parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais, e, em realidade, não importa por si só na ineficácia da lei. (grifos dos autor).

Nos casos de decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal a lei não é anulada nem revogada, continuando, pois, eficaz e em vigor, somente o Senado Federal podendo afastar sua executoriedade,

porquanto a previsão do art. 52, X, da CRFB/88[12], conforme o magistério de Silva, J. (2010).

Doutra banda, a decisão declaratória de inconstitucionalidade obtida via controle de exceção produz a coisa julgada *inter partes* (SILVA. 2010), podendo qualquer outro Tribunal ou juiz proceder sua aplicação por entendê-la constitucional.

Feita essa breve abordagem acerca do controle de constitucionalidade das leis, sem se adentrar na análise das ações e incidentes através do qual se declaram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, passa-se a tratar da teoria da dupla compatibilidade vertical material.

5.3.2 A teoria da dupla compatibilidade vertical material

Como já visto na seção anterior, uma lei infraconstitucional deve além de observar o processo legislativo constitucionalmente previsto para sua elaboração (constitucionalidade formal), estabelecer regras compatíveis com os preceitos constitucionais (constitucionalidade material); a esta adequação de uma norma hierarquicamente inferior ao texto constitucional, conforme Silva, J. (2010), dá-se o nome de compatibilidade vertical.

Diante das inovações advindas da Emenda Constitucional n. 45, mais especificamente com o acréscimo do § 3º, ao art. 5º da CRFB/88, surgiu a teoria da dupla compatibilidade vertical material.

Gomes (2009) sustenta que a partir do momento em que se atribuiu aos tratados internacionais de direitos humanos *status* superior às leis infraconstitucionais (quer seja considerada a hierarquia constitucional ou supralegal das convenções), surgiu a necessidade de ser observada a dupla compatibilidade vertical material das normas infraconstitucionais. E prossegue o autor:

> A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH, pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida, porque inconvencional. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores

[12] Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
[...]
X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; (BRASIL, 1988)

> (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade (decorrente da inconstitucionalidade ou da inconvencionalidade). (GOMES, 2009, p. 12).

Mazzuoli (2011a, p. 116-117) explica a teoria da seguinte forma:

> Sob o ponto de vista de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional (quer seja tal superioridade *constitucional*, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer *supralegal*, como no caso dos demais tratados, chamamos de *comuns*) é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites *formais* (ou *procedimentais*), senão também com dois limites formais verticais *materiais*, quais sejam: *a)* a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e *b)* os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei pode até ser considerada *vigente* por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver (materialmente) em desacordo com os tratados internacionais de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal). (grifos do autor).

Não se pode perder de vista que Mazzuoli entende que todas as convenções internacionais de direitos humanos possuem *status* constitucional (seja o *status* materialmente constitucional, que todos os tratados internacionais de direitos humanos têm à luz da interpretação que dá o autor ao § 2º, do art. 5º da CRFB/88, seja formalmente constitucional, quando observado o *quorum* de aprovação do tratado pelo Congresso Nacional). Ainda, que o autor defende que todos os demais tratados (que não versem sobre a proteção dos direitos humanos) possuem hierarquia supralegal, uma vez que este deve ser o *status* mínimo atribuído a um tratado internacional.

Assim, **num primeiro momento a verticalidade material** se verifica com a compatibilidade do conteúdo da norma **à Constituição e a todos os tratados internacionais de direitos humanos** (sejam eles com *status* formalmente ou materialmente constitucional). Após, **no segundo crivo vertical material é verificada a adequação da norma aos demais tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro** (que possuem hierarquia supralegal), seja qual for a matéria tratada nestes tratados.

5.3.3 Controle de supralegalidade

Conforme já afirmado em momentos anteriores do presente estudo, para alguns autores, em especial Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes, todos os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica interna dos Estados com um *status,* no mínimo, supralegal, é o que se infere:

> O Direito Internacional, como se sabe, é composto de normas sobre direitos humanos (DIDH) bem como de outras que não possuem esse caráter (tratados comerciais, *v.g*). Conquanto a doutrina internacionalista entenda que quaisquer tratados têm, no mínimo, *status* supralegal (posição da qual também no filiamos) [...]. (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 8).

Mazzuoli reafirma este entendimento em obra individual:

> Ocorre que os tratados internacionais comuns (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm status superior ao das leis internas. Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm status supralegal no Brasil, por não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do CTN. (MAZZUOLI, 2011b, p. 79).

Nesse particular, por estarem os tratados internacionais comuns (que não tratam de direitos humanos) em um patamar superior às demais leis infraconstitucionais, mas inferior à Constituição Federal, surge o controle de supralegalidade.

> Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, por estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle de convencionalidade (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais. (MAZZUOLI, 2011b, p. 79).

Para Gomes (2013b), que discorda de Mazzuoli nesta parte, o controle de supralegalidade seria sinônimo do controle difuso de convencionalidade, pois entende o autor que no cenário jurídico pátrio atual, os tratados internacionais de direitos humanos que não sejam aprovados com o *quorum* previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB, possuem hierarquia supralegal, e não *status* materialmente constitucional como defende Mazzuoli.

Desta forma, por entender Luiz Flávio Gomes que tanto os tratados comuns, como os tratados de direitos humanos que não sejam aprovados por

quorum qualificado possuem hierarquia supralegal, ambos devem servir de paradigma para adequação das demais normas infraconstitucionais no controle difuso de convencionalidade.

Tal diferença poderá ser melhor compreendida quando se estudar o controle difuso de convencionalidade, o que se faz na seção 5.4.1 da presente monografia.

5.3.4 Controle de legalidade

As leis ordinárias também podem servir de paradigma para se verificar a compatibilidade dos atos infralegais. O conceito de controle de legalidade está intimamente ligado com o direito administrativo.

Conforme ensina Odete Medauar (2012), à luz do Princípio da Legalidade, todo e qualquer ato praticado pela Administração Pública deve estar previsto em lei, ao contrário do que acontece com os particulares, que podem praticar qualquer ato que não seja proibido por lei.

> Os arts. 166 e 167 do Código Civil arrolam os casos de negócio jurídico nulo. Segundo a doutrina civilista, os *negócios jurídicos nulos* são aqueles praticados com infração de norma legal de ordem pública ou de normas imperativas. **Daí decorre a *nulidade,* com as seguintes características: é absoluta, insuscetível de sanar, pode ser invocada pelo Ministério Público, por qualquer interessado, devendo ser pronunciada pelo juiz, não lhe sendo permitido supri-la**. (MEDAUAR, 2012, p. 167-168, grifo nosso).

Gomes (2013a) define ainda, o controle de legalidade como aquele que verifica a adequação de em Decreto a uma lei.

Tem-se, portanto, que, mesmo vigorando no Brasil o Princípio da Separação dos Poderes, cabe ao Poder Judiciário declarar a nulidade de ato administrativo, ou Decreto Executivo que venha a violar disposição legal.

5.4 OS MÉTODOS DE EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE

Como já pode ser visto, o controle de convencionalidade se assemelha, em muito, ao amplamente conhecido controle de constitucionalidade. Trata-se de um

meio de verificar a compatibilidade dos instrumentos legais internos ao texto dos tratados de que o Brasil seja parte. Atinente ao tema leciona Mazzuoli:

> Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. (MAZZUOLI, 2011a, p. 133, grifos do autor).

Compreende-se, portanto, que o controle de convencionalidade será exercido através de órgão jurisdicional pátrio, sem precisar de qualquer autorização de um tribunal internacional para analisar a compatibilidade das normas.

Para Mazzuoli (2009), são dois os tipos de controle de convencionalidade: o controle difuso e o concentrado, que se estudam a partir de agora.

5.4.1 Controle difuso de convencionalidade

O controle difuso de convencionalidade, a exemplo do que ocorre no controle difuso de constitucionalidade, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal do país, conforme ensina Mazzuoli (2011a, p. 134):

> Para realizar o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) das normas de direito interno, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode (e deve) se manifestar a respeito. Desde um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou regionais (*v.g.*, Tribunais Regionais Federais) ou mesmo os tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STF etc.), todos eles podem (e devem) controlar a convencionalidade ou supralegalidade das leis pela via incidente.(grifos do autor).

Mazzuoli (2009) ainda afirma que o controle difuso de convencionalidade existe no país desde a promulgação da CRFB/88, pois desde aquela época existe a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal afastar a aplicabilidade de uma lei, por esta

ser contrária a algum dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, citando como exemplo a previsão do art. 105, III, "a" da CRFB/88[13].

Tem-se, portanto, à luz da teoria de Mazzuoli, que os tratados de direitos humanos servem de paradigma para o controle difuso de convencionalidade, já os tratados comuns (que não versam sobre direitos humanos), conforme já explanado, são paradigma para o controle de supralegalidade.

Contrapondo a esse pensamento vem o entendimento de Gomes (2013), sustentando que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados de acordo com o *quorum* do art. 5º, § 3º, da CRFB/88, atualmente, possuem valor supralegal (vide seção 5.5 do presente estudo), podendo, no máximo, servir de arquétipo para o controle difuso de convencionalidade.

Defende também que a análise da adequação das leis infraconstitucionais aos tratados internacionais comuns também se faz através do controle difuso de convencionalidade, portanto, de acordo com o magistério de Luiz Flávio Gomes, o controle de supralegalidade e o difuso de convencionalidade são sinônimos.

5.4.2 Controle concentrado de convencionalidade

Assim como o controle difuso de convencionalidade deriva do controle difuso de constitucionalidade, o controle concentrado de convencionalidade foi criado a partir do controle concentrado de constitucionalidade.

Como primeira semelhança entre os dois institutos, Gomes (2013b) leciona que ambos são julgados pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, no controle de constitucionalidade se verifica a adequação da lei ao conteúdo constitucional, porquanto **no concentrado de convencionalidade se apura a compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo *quorum* qualificado previsto no §3º do art. 5º, da CRFB/88.**

Mazzuoli não diverge, afirma, ainda, que para se apurar a convencionalidade de uma norma infraconstitucional, deve se recorrer ao uso das

---

[13]Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
[...]
III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:
a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (BRASIL, 1988).

mesmas ações que possuem como fim averiguar a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, conforme se vê:

> Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda,* por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria *erga omnes* a norma infraconstitucional por *inconvencionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um "preceito fundamental" encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas exclusivamente no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2011, p. 148).

Para Mazzuoli (2011a, p. 149), cabe, até mesmo, mandado de injunção para que se supram omissões legislativas que venham a obstar o exercício de direito previsto em algum tratado internacional aprovado por *quorum* qualificado, bem como, seja declarada a inconvencionalidade de uma norma constitucional:

> Ora, se existem normas constitucionais inconstitucionais, por violarem, *v.g.*, o núcleo intangível (cláusulas pétreas) da Constituição, também é possível admitir que existam normas constitucionais inconvencionais, por violarem direitos humanos provenientes de tratados, direitos estes que (justamente por terem *status* constitucional) também pertencem ao bloco das cláusulas pétreas. (MAZZUOLI, 2011a, p. 149-150).

Quanto aos efeitos da declaração de inconvencionalidade, leciona Gomes (2013c):

> **Conseqüência prática**: doravante toda lei (que está no patamar inferior) que for contrária aos tratados mais favoráveis não possui validade. Como nos diz Ferrajoli, são vigentes, mas não possuem validade (isso corresponde, no plano formal, à derrogação da lei). (grifos do autor).

Portanto, à luz da teoria geral do controle de convencionalidade apresentada pioneiramente por Valério Mazzuoli, seguida quase em sua integralidade por Luiz Flávio Gomes, cabe usar ao controle de concentrado de convencionalidade qualquer procedimento pertinente ao controle concentrado de constitucionalidade.

5.5 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA

Por fim, necessário saber qual o posicionamento dos Tribunais pátrios acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos.

No dia de 3/12/2008, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisão, para muitos, histórica, ao julgar conjuntamente o Recurso Extraordinário 466.343-SP (BRASIL, 2008a), e o *Habeas Corpus* 87.585-TO (BRASIL. 2008b).

No épico julgamento que objetivou verificar a admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, predominaram as teses levantadas de um lado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes e de outro do Ministro Celso de Mello. Mendes, conforme se constata, defende que há de ser atribuído o *status* supralegal aos tratados de direitos humanos que não sejam aprovados pelo *quorum* qualificado:

> Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante" pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".
> **Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos.** Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.
> **Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.** (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello proferiu voto no sentido de atribuir aos tratados internacionais de direitos humanos o patamar constitucional, alterando, portanto, seu entendimento, visto que em outra oportunidade havia se manifestado no sentido de conferir a todos os tratados internacionais o patamar de lei ordinária:

> **Após longa reflexão** sobre o tema em causa, Senhora Presidente – **notadamente** a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**RTJ**179/493-496) -, **julguei necessário reavaliar** certas formulações **e** premissas teóricas **que me conduziram**, então, **naquela oportunidade**, a conferir, aos tratados internacionais em geral (**qualquer** que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente **equivalente** à das leis ordinárias.

> **As razões** invocadas **neste** julgamento, **no entanto**, Senhora Presidente, **convencem-me da necessidade** de se distinguir, **para efeito** de definição de sua posição hierárquica **em face** do ordenamento positivo interno, **entre** convenções internacionais sobre direitos humanos (**revestidas** de "supralegalidade", **como sustenta** o eminente Ministro GILMAR MENDES, **ou impregnadas** de natureza constitucional, **como me inclino** a reconhecer), **e** tratados internacionais **sobre as demais** matérias (**compreendidos estes** numa estrita perspectiva de **paridade normativa** com as leis ordinárias).
> **Isso significa**, portanto, **examinada** a matéria sob a perspectiva da "supralegalidade", **tal como preconiza** o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, **cuidando-se** de tratados internacionais sobre direitos humanos, **estes hão de ser** considerados como estatutos situados em posição **intermediária** que permita qualificá-los como diplomas **impregnados** de estatura **superior** à das leis **internas** em geral, **não obstante subordinados** à autoridade da Constituição da República.
> [...]
> **Reconheço**, no entanto, Senhora Presidente, **que há expressivas lições doutrinárias** – **como** aquelas ministradas por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE [...], FLÁVIA PIOVESAN [...], CELSO LAFER [...] e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI [...], **dentre** outros eminentes autores – **que sustentam**, com sólida fundamentação teórica, **que os tratados internacionais de direitos humanos assumem**, na ordem positiva interna brasileira, **qualificação constitucional**, **acentuando**, ainda, que as convenções internacionais **em matéria** de direitos humanos, **celebradas** pelo Brasil **antes** do advento da EC nº45/2004, **como** ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, **revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo**, sob tal perspectiva, **a noção conceitual** de *bloco de constitucionalidade*. (BRASIL, 2008a, grifos do autor).

Há saber que, em apertada votação, sagrou-se vencedora a tese de supralegalidade levantada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que recebeu 5 votos, enquanto o posicionamento que apregoava hierarquia constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos, encabeçada pelo Ministro Celso de Mello, recebeu 4 votos.

Comentando os supramencionados votos, Gomes (2009, p.5) sustentou que: “são divergentes na intensidade, mas convergentes na adoção de um novo modelo de Estado. Estão demarcando um novo caminho, um novo horizonte [...]”. E prossegue o autor:

> A nova pirâmide normativa concebida a partir de algumas decisões do STF (HC 87.585-TO, RE 466.343-SP, HC 90.172-SP, HC 88.420-PR) é bem distinta daquela que, normalmente, sob os auspícios de Kelsen, ainda continua sendo ensinada em algumas faculdades brasileiras. Espera-se que essa verdadeira revolução seja bem compreendida por todos os estudantes e operadores jurídicos. Desde o dia 03.12.08 já não há como negar o valor supralegal dos tratados de direitos humanos (STF, RE 466.343-SP e HC 87.585-TO). (GOMES, 2009, p. 5).

Percebe-se também da leitura dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que aos tratados internacionais sobre matérias comuns há de ser atribuído o *status* de lei ordinária.

Destes julgamentos, extrai-se em parte o posicionamento adotado por Luiz Flávio Gomes, ao defender que o controle de supralegalidade está abarcado no controle difuso de constitucionalidade, pois para o autor, tanto os tratados de direitos humanos, quanto os comuns possuem hierarquia supralegal, devendo, ambos, servir de paradigma para a verificação da compatibilidade das demais leis infraconstitucionais no controle difuso de convencionalidade.

Ainda no mês de dezembro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões no mesmo sentido, dentre as quais se extrai a ementa do *Habeas Corpus* n. 92197/SP:

> HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL. REQUERIMENTO PARA CONCESSÃO DE ORDEM LIMINAR. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.o 45/2004. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NOVA TENDÊNCIA DA SUPREMA CORTE. (BRASIL, 2008c).

Assim, percebe-se que, em seu último posicionamento acerca do tema, entendeu o STF, em votação apertada, reconhecer a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos que não sejam aprovados com o *quorum* previsto no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, posicionamento este que ainda perdura.

6 CONCLUSÃO

Chega-se ao fim da presente pesquisa com a opinião firme que os objetivos colimados foram alcançados, pois claramente demonstrado o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal quanto à posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos. Demonstrou-se, ainda, a possibilidade de utilização do controle jurisdicional de convencionalidade.

O primeiro tratado que se tem notícia data de mais de 5.200 anos atrás, contudo, somente em 1969 estes instrumentos internacionais passaram a receber a importância merecida, com o advento da Convenção de Viena de Direito dos Tratados.

Compreendem o processo de formação dos tratados as seguintes etapas: negociações, assinatura, aprovação parlamentar e ratificação. Podem ainda, nos casos de tratados abertos, países que não participaram do “trâmite negocial”, aderir posteriormente ao seu conteúdo do tratado, através da adesão. Nestes casos, dispensa-se a ratificação, pois é um tanto quanto incongruente crer que um país adere a uma convenção já conclusa sem que tenha discutido internamente a conveniência de se obrigar ao conteúdo acordado, bem como as consequências advindas de tal ato.

Conforme se observou, duas teorias buscam explicar a relação entre as duas ordens jurídicas distintas, a teoria monista (que defende que a ordem jurídica interna e a internacional formam uma unidade, sendo uma subordinada a outra) e a teoria dualista (que assevera haver uma total independência entre o Direito Internacional e o interno, não sendo necessário, desta forma, que uma esteja em consonância com a outra).

Predomina nos diferentes países o monismo moderado com primazia do Direito Internacional, ou seja, um grande número de Estados já entendeu que deve haver uma compatibilidade entre as suas leis e as normas de Direito Internacional, sendo que estas devem prevalecer em relação àquelas.

Analisando-se a regulamentação da relação entre o Direito Internacional e o direito interno em algumas das constituições europeias e americanas, percebe-se que existe uma peculiaridade entre os países integrantes da Comunidade Europeia, o direito comunitário, onde se preveem normas com fito de harmonizar o desenvolvimento econômico dos países do continente.

Nos casos de constituições que nada dispõem sobre a relação entre o direito interno e o internacional, que são raras atualmente, à luz da doutrina internacionalista, prevalecem as regras de direito internacional sobre as internas.

A expressão controle de convencionalidade tem origem na França, contudo, Valério Mazzuoli foi pioneiro em tratar de seus métodos de efetivação.

De uma simples análise histórica, percebe-se que nos primórdios tempos predominava o abuso de poder dos mais fortes sobre os mais fracos, inclusive, muitas dessas injustiças advinham de atitudes do próprio Estado. Sabe-se que a proteção dos direitos humanos evoluiu em conjunto com as civilizações, contudo, sua proteção na esfera internacional, apesar de alguns poucos registros anteriores, só ganhou força após as atrocidades praticadas na Segunda Grande Guerra Mundial.

Tem-se como marco mais importante na proteção internacional desses direitos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948. Apesar de sua natureza jurídica de resolução da ONU (e não de tratado internacional, como se pode pensar), há de ser creditada a Declaração força jurídica vinculante, uma vez que tem como escopo a proteção dos direitos humanos.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos complementa o internacional, sendo o principal instrumento de proteção desses direitos no âmbito continental, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, assinado no ano de 1969. Foi a Convenção Americana quem determinou a implantação da Comissão Interamericana e Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta segunda com competência contenciosa.

Os possíveis *status* a serem atribuídos aos tratados internacionais na ordens jurídicas internas, são: o supraconstitucional (os tratados possuem hierarquia superior à constituição), o constitucional (a Constituição e os tratados têm *status* equivalente), o supralegal (em que o acordo internacional está situado em patamar inferior à Constituição, mas superior às demais leis infraconstitucionais), e, o legal (as convenções são equiparadas às leis ordinárias).

Ao se adentrar na análise da ordem jurídica brasileira, percebe-se da leitura do texto da CRFB/88 que o legislador constituinte pecou gravemente ao tratar dos tratados internacionais. Apesar de demonstrar expressamente seu desejo de ver

as normas internacionais integradas ao ordenamento pátrio, em momento nenhum previu como se daria a relação entre as normas.

Diante das divergências doutrinárias surgidas, no ano de 2004, através da Emenda Constitucional n. 45, acrescentou-se o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, que prevê que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por *quorum* qualificado, em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, serão equivalentes às emendas constitucionais, contudo, não previu qual o *status* se deve atribuir aos tratados de direitos humanos aprovados por maioria simples. Desta forma, passaram a predominar duas correntes doutrinárias: a primeira que defende que os acordos aprovados sem observância do art. 5º, §3º, da CRFB, possuem hierarquia materialmente constitucional (enquanto aqueles aprovados pelo *quorum* qualificado possuem *status* materialmente e formalmente constitucional), e a segunda que defende que estes tratados possuem *status* supralegal.

Via de consequência, Mazzuoli entende que ao atribuir aos tratados internacionais *status* superior às demais leis, passa a ser necessária uma dupla análise compatibilidade vertical das normas e atos infraconstitucionais. Desta forma, criou o controle de convencionalidade.

Conforme explanado no estudo, Mazzuoli entende que a partir da Emenda Constitucional n. 45, surgiram três novas modalidades de controle da compatibilidade das leis: o controle concentrado de convencionalidade, o controle difuso de convencionalidade, e, o controle de supralegalidade. Sendo que estas podem ser utilizadas como meios processuais de defesa, para que se afaste a aplicabilidade de lei contrária aos tratados internacionais.

No controle concentrado de convencionalidade se verifica a compatibilidade das normas infraconstitucionais aos tratados internacionais de direitos aprovados pelo *quorum* qualificado previsto no §3º do art. 5º da CRFB/88, utilizando-se dos mesmos meios cabíveis no controle de constitucionalidade.

Já no controle difuso de constitucionalidade, servem de paradigma para as normas infraconstitucionais, todos os tratados de direitos humanos, inclusive aqueles aprovados por maioria simples, sendo exercido exclusivamente por via difusa.

O controle de supralegalidade tem como arquétipo os tratados internacionais que versam sobre temas comuns, como os econômicos, que, de

acordo com a doutrina internacionalista, devem ingressar na ordem jurídica interna dos Estados com *status*, no mínimo, supralegal.

No ano de 2008, o STF firmou seu entendimento no sentido de atribuir aos tratados de direito humanos aprovados por maioria simples a hierarquia supralegal.

Luiz Flávio Gomes, diante da decisão do STF que atribui nível supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, entende que o controle difuso de convencionalidade e o controle de supralegalidade são sinônimos.

Apesar de hialino que, diante da importância de seu conteúdo, os tratados internacionais de direitos humanos devem se sobrepor àqueles que tratam de outros assuntos, mesmo que não tenham sido aprovados pelo *quorum* qualificado (merecendo neste caso, ser-lhes atribuído, como defende Mazzuoli, o *status* materialmente constitucional), o fato de lhes atribuir a hierarquia supralegal não traz enormes consequências na ordem prática, apesar daquelas facilmente perceptíveis de ordem técnica. Isto, pois, se qualquer lei infraconstitucional vier a violar seu conteúdo, caberá afastar sua aplicação através do controle difuso de convencionalidade, ou de supralegalidade (que também é efetivado através da via difusa), pois ainda assim os tratados serão hierarquicamente superiores às leis infraconstitucionais.

Assim, só poderia haver um problema no caso de eventual conflito entre um tratado de direitos humanos aprovado por maioria simples e outro acordo comum, como, por exemplo, comercial, devendo, até por uma questão de bom senso, ser resolvida a celeuma com base no princípio *pro homine*, ou seja, da forma mais favorável ao ser humano.

Entretanto, há de se fazer uma ponderação, na realidade jurídica atual, onde o Supremo Tribunal Federal atribui valor de lei ordinária aos tratados que versam de matéria comum, impossível que haja um conflito destes com os tratados de direitos humanos, visto a disparidade de hierarquia entre eles. Há falar, que no caso de conflito entre uma lei ordinária e um acordo internacional comum, há de se solucionar a avença a partir dos métodos tradicionais de resolução de conflitos entre normas do mesmo patamar.

No mais, tem-se que diante do posicionamento adotado pelo STF no ano de 2008, muito já tem a evoluir a proteção aos direitos humanos no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARIOSI, Mariângela F.. Direito Internacional e soberania nacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 498, 17nov.2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5942>. Acesso em: 21 mar. 2013.

ÁUSTRIA. **Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**, 1969. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em:15maio 2013.

BASSO, Maristela. **Perspectivas do Mercosul através de uma visão econômico-jurídica.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo7.htm>. Acesso em: 11 abr. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de direito comunitário:** instituições de direito comparado: união européia e mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em:20 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 13475 - DF. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 5 de outubro de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346990>. Acesso em 30 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 2060861 - SP. Relator: Min. Ilmar Galvão, Brasília, DF, 12 de novembro de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=240294>. Acesso em 30 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso emHabeas Corpus nº 79785 - RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 29 de março de 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>. Acesso em 30 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em 30 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal.*Habeas Corpus* nºHC 87585/TO. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em 30 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça.*Habeas Corpus* nºHC 92197/SP. Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, DF, 16 de dezembro de 2008c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=92197&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em 5maio 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 238.842-RN (2000.05.00.057989-2). Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Recife, PE, 30 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2002/03/200005000579892_20020313.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. **Asilo e refúgio políticos:** o caso Julian Assange. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22498/asilo-e-refugio-politicos-o-caso-julian-assange>. Acesso em: 21 abr. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos.**In: *Efetivação dos Direitos Humanos no Brasil*. Apostila do Centro de Estudos e Pesquisa dos Direitos Humanos, mimeo, São Paulo, Centro Acadêmico XI de Agosto, 1998.Disponível em: <http://cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/ReabilitacaoAreasUrbanas/DireitosHumanos_Fundamentos_DH.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2013.

COSTA RICA**. Convenção americana dos direitos humanos.** Pacto de San José da Costa Rica, 1969. Disponível em:<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em:10abr. 2013.

CUNHA, Rodrigo. **Em busca do direito básico à vida.** Disponível em: <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542009000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 abr. 2013.

EL SALVADOR. **Constitución Política de la República de El Salvador de 1983.** Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/ElSal/ElSal83.html>. Acesso em: 03 abr. 2013.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, p.01-34, maio 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev90.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2013.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador.** Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/ecuador/ecuador08.html#mozTocId170060>. Acesso em: 03 abr. 2013.

FERREIRA, Eddington Rocha Alves dos Santos. A mitigação da soberania estatal em prol da efetividade da proteção internacional aos direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2943, 23jul.2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19617>. Acesso em: 17 maio 2013.

FRANCO, Paulo Sérgio de Moura. **Tratados internacionais e os conflitos com a norma interna.** Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/images/stories/caocrimo/monismo.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2013.

GABSCH, Rodrigo D'Araújo. **Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil:** possíveis opções para acelerar seu processo. Brasília: Funag, 2010. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/Aprovacao_interna_de_tratados_pelo_brasil.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2013.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos:** breves reflexões sobre os sistemas convencional e não convencional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais:** valor legal, supralegal,constitucional ou supraconstitucional. Disponível em: <www.sare.anhanguera.com/index.php/rdire/article/download/895/625>. Acesso em: 21 abr. 2013

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade:** Valerio Mazzuoli "versus" STF. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665>. Acesso em: 01 maio 2013a.

_____, Luiz Flávio. **Controle de legalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade.** Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1122074/controle-de-legalidade-de-convencionalidade-e-de-constitucionalidade>. Acesso em: 04 maio 2013b.

_____, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77587,81042-Controle+de+convencionalidade+STF+revolucionou+nossa+piramide+juridica>. Acesso em: 05 maio 2013c.

_____, Luiz Flávio. Do estado de direito internacional e o valor dos tratados de direitos humanos. **Letras Jurídicas**, Guadalajara, n. 8, p.1-28, 2009. Disponível em: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos8/Do%20estado%20de%20direito%20internacional_lui%20flavio.pdf>. Acesso em: 02 maio 2013.

GUATEMALA. **Constitucion Politica de la Republica De Guatemala1985.** Acesso em: <http://www.quetzalnet.com/constitucion.html>. Disponível em: 03 abr. 2013.

HONDURAS. **Constitucion de la republica de honduras 1982.** Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond82.html>. Acesso em: 03 abr. 2013.

JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional.** São Paulo: Ltr, 2000.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno:** um estudo sobre a jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.mp.am.gov.br/images/stories/Hierarquia_dos_tratados_internacionais_em_face_do_ordenamento_jurdico_interno.pdf>. Acesso em: 01 maio 2013.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Tratados internacionais no Brasil e integração.** São Paulo: LTr, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.** 2. ed. Sao Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011a.

_____, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis: o novo modelo de controle da produção normativa doméstica sob a ótica do "diálogo das fontes". **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho, n. 15, p.77-114, 2011b. Semestral. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/200/199>. Acesso em: 02 maio 2013.

_____. **Tratados internacionais:** com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões sociojurídicas, Santo Ângelo, v. 9, n. 12, p.235-276, mar. 2009. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/181/122>. Acesso em: 01 maio 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 12, p. 1049-1381.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional:** um estudo sobre a soft law. São Paulo: Atlas, 2005.

PARAGUAI. **Constitución Política de 1992.** Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/paraguay/para1992.html>. Acesso em: 03 abr. 2013.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos humanos,13.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção OAB nacional. Primeira fase).

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público.** 3. ed. rev. e aum. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

PEREIRA, Bruno Yepes. **Curso de direito internacional público.** São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 9. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Flávia. Introdução ao sistema americano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2000. Cap. I , p. 17-52.

_____, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAUJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **O direito internacional dos refugiados:** uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 27-64.

REZEK, José Francisco. **Direiro internacional público:** curso elementar. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. **As relações entre o direito internacional e o direito interno:** conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=ocCLGetoj48C&oi=fnd&pg=PA17&dq=conflitos+entre+norma+interna+e+internacional+&ots=tct9ld9dQh&sig=p7Ec2Jd-yVaba3sjYotWPeypuNY#v=onepage&q=conflitos%20entre%20norma%20interna%20e%20internacional&f=false>. Acesso em: 29 mar. 2013.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 03, Ano 1 (2012), p.1746-1826. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1745_1826.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

SCHAFRANSKI, Sílvia Maria Derbli. **Direitos humanos & seu processo de universalização:** análise da convenção americana. Curitiba: Juruá, 2003.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao direito internacional público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público.** 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade européia:** fontes, pricípios e procedimentos. Ijuí: Unijuí, 2005. (Coleção, relações internacionais e globalização; 3).

SILVA, Roberto Luiz. **Direito internacional público.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Coord.). **Apostila de Direito Internacional Privado,** 2002.Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/51543185/4/Diferenca-entre-Direito-Internacional-Publico-e-Privado>. Acesso em: 17 maio 2013.

SOARES FILHO, José. **Elementos da ordem jurídica internacional e comunitária:** enfoque dos direitos trabalhistas no plano supranacional e em face da globalização da economia. Curitiba: Juruá, 2003.

SOUZA, Ana Carolina Araújo. **Breves considerações acerca dos tratados internacionais sobre direitos humanos.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16415-16416-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2013.

TIBURCIO, Carmem. **A extradição de Battisti e o direito internacional.** Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-cesare-battisti-artigo-extradicao-battisti-internacional.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Repertório da prática brasileira do direito internacional público:** (período 19961 - 1981). 2. ed. Brasília, DF: FUNAG, 2012. 424 p. Disponível em:<http://www.funag.gov.br/biblioteca/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=517&Itemid=41>. Acesso em: 01 out. 2012.

_____, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno:** sua interação na proteção dos direitos humanos. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22361-22363-1-PB.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2013a.

_____, Antônio Augusto Cançado. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291997000100007>. Acesso em: 19 abr. 2013b.

_____, Antônio Augusto Cançado. **Dez anos de uma decisão histórica.** Disponível em: <http://www.carobaecunha.adv.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=76495&btImprimir=SIM>. Acesso em: 20 abr. 2013c.